



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

PAULO HENRIQUE CRESTANI

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EMPRESARIAL E A TEORIA DO RISCO DO
NEGÓCIO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Monografia apresentada à Universidade
Federal do Paraná como exigência
parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Carlos Joaquim de Oliveira Franco.

CURITIBA

2011

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULO HENRIQUE CRESTANI

A RESPONSABILIDADE CIVIL EMPRESARIAL E A TEORIA DO RISCO DO NEGÓCIO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Professor Doutor CARLOS JOAQUIM DE OLIVEIRA FRANCO
Orientador – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Professor Doutor EDSON ISFER
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Professor Mestre CARLOS EDUARDO MANFREDINI HAPNER
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Data de Aprovação ____ / ____ / ____

Dedicado à Helena, Paola e Nicole.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me proporcionar o dom da vida, do discernimento e da razão.

A todos os amigos que fiz durante o Curso de Direito Noturno da Universidade Federal do Paraná, que me proporcionaram apoio e solidariedade durante esses cinco anos, com os quais a vida acadêmica tornou-se mais amena. Agradeço de modo especial ao Hideki, grande amigo e companheiro em todos os momentos.

À Helena, minha esposa e companheira, que me apoiou e incentivou, desde o início desse projeto, e à Nicole e à Paola, por serem as alegrias da minha, e por compreenderem minhas ausências causadas pelos inúmeros trabalhos acadêmicos.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estabelecer, a partir da perspectiva do direito do consumidor, uma discussão sobre a questão da responsabilidade civil do empresário nas relações de consumo, sob a ótica da Teoria do Risco do Negócio. Para tanto serão definidos os componentes da relação jurídica de consumo: o fornecedor, o consumidor e o objeto da relação, que são os produtos ou serviços prestados. Serão ainda abordados os princípios que regem o Direito do Consumidor no que tange à responsabilidade objetiva do fornecedor bem como o desenvolvimento histórico das teorias que a embasam. Buscar-se-á demonstrar que a melhor fundamentação teórica para a atual concepção da responsabilização objetiva do empresário pelos danos causados aos consumidores no exercício de suas atividades reside na Teoria do Risco do Negócio.

Palavras-Chave: Direito do Consumidor. Responsabilidade Civil. Teoria do Risco do negócio.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the civil liability of the businessman on the commercial relationships from the perspective of the Consumers Law, and based on the Business Risk Theory. Therefore, we define the components of the legal relations of consuming: the supplier, the consumer and the object of the relation: the products or the provision of services. We also discuss the principles that govern the Consumers Law on the objective liability of the supplier, as well as the historical development of its basis theories. Moreover, we aim to demonstrate that the best theoretical basis for the current conception of the prompt liability of the businessperson for the damage caused to the consumer relies on the Business Risk Theory.

Key words: Consumers Law, Civil Liability, Business Risk Theory.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO. PARTES CONTRATANTES	
E OBJETO	12
2.1 CONCEITO DE CONSUMIDOR	12
2.1.1 As correntes maximalista e finalista	14
2.1.2 Coletividade de pessoas, vítimas do evento e demais pessoas expostas às práticas comerciais	15
2.2 CONCEITO DE FORNECEDOR	17
2.3 OBJETO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE CONSUMO	18
2.3.1 Conceito de produto	19
2.3.2 Conceito de serviço	20
3 OS PRINCÍPIOS E DIREITOS BÁSICOS QUE REGEM A RELAÇÃO	
DE CONSUMO	25
3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	26
3.1.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	26
3.1.2 O Princípio da Liberdade	26
3.1.3 O Princípio da Justiça/Equidade	27
3.1.4 O Princípio da Solidariedade	28
3.1.5 O Princípio da Isonomia	29
3.2 OS PRINCÍPIOS E DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR NO CDC..	29
3.2.1 O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor	29
3.2.2 A Proteção à vida, saúde e segurança	31
3.2.3 A Intervenção do Estado	33
3.2.4 O Princípio da Boa-fé	33

3.2.5 A Igualdade nas Contratações	35
3.2.6 A Prevenção e Reparação de Danos Materiais e Morais	36
3.2.7 O Princípio da Responsabilidade Solidária	37
4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	
DO EMPRESÁRIO/FORNECEDOR	40
4.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	45
4.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL	48
5 AS MODALIDADES DA TEORIA DO RISCO FUNDANTES	
DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA	50
5.1 TEORIA DO RISCO INTEGRAL	51
5.2 TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO	52
5.3 TEORIA DO RISCO PROVEITO	54
5.4 TEORIA DA QUALIDADE	55
5.5 TEORIA DO RISCO CRIADO	56
5.6 TEORIA DO RISCO DO NEGÓCIO	57
5.7 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

Dentro do panorama jurídico, a responsabilidade civil é uma das formas mais eficazes de se reparar o dano causado por um ato ilícito. Nas relações de consumo da antiguidade, não se havia a necessidade de leis específicas que regulassem o assunto, pois o próprio artesão controlava todas as fases da produção e resolvia qualquer problema que surgisse durante o processo produtivo.

Com o advento da segunda fase da revolução industrial, onde se verificou o incremento da produção e a consequente oferta de produtos e serviços em mercado, numa maior escala (produção em massa), os controles tornaram-se menos precisos, gerando uma maior quantidade de produtos defeituosos nas linhas de produção e que acabavam por causar danos ao consumidor.

Os contratos também sofrem significativas alterações nas relações consumeristas, ocasionadas pela Revolução Industrial, como bem nos explica Antonio Herman Vasconcellos e Benjamin nesta passagem:

A revolução industrial trouxe consigo a revolução do consumo. Com isso, as relações privadas assumiram uma conotação massificada, substituindo-se a contratação individual pela coletiva. Os contratos passaram a ser assinados sem qualquer negociação prévia, sendo que, mais e mais, as empresas passaram a uniformizar seus contratos, apresentando-os aos seus consumidores como documentos pré-impressos, verdadeiros formulários. Foi, por um lado, um movimento positivo de transformação contratual ao conferir rapidez e segurança às transações na sociedade massificada. Mas o fenômeno trouxe, igualmente, perigos para os consumidores que aderem globalmente ao contrato, sem conhecer todas as cláusulas.¹

No período pós-revolução industrial prevalecia a responsabilidade subjetiva do empresário, pois esse só seria responsabilizado se agisse com dolo ou culpa, e cabia ao consumidor prová-los. Essa tarefa praticamente eximia, ou tornava mais difícil, a imputação aos empresários de qualquer responsabilização por danos, pois o consumidor, fragilizado que é nessa relação, estava praticamente impossibilitado de produzir as provas necessárias que comprovem o ato ilícito do produtor de bens ou

¹ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. Em MARQUES, Cláudia Lima. Apresentação da obra científica **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 08-09.

serviços, seja por não possuir o conhecimento técnico necessário, seja por não dispor de condição econômica para arcar com os custos de um processo, ou mesmo por fragilidade intelectual.

Apenas com o surgimento do Estado Social e das Constituições programáticas do século XX, que consolidaram os direitos de terceira geração, é que começaram a surgir no ordenamento jurídico normas que equilibrassem a relação de consumo, surgindo então um novo ramo do direito: o Direito do Consumidor. As primeiras leis de proteção ao consumidor surgiram nos EUA e na Europa.

Num cenário econômico de produção massificada, de anonimato das partes, de produtos e bens complexos, de poderosas ferramentas de marketing a induzir o consumo, e de velocidade nas negociações por meio da internet, a ocorrência de danos ao consumidor multiplicou-se, o que tornou urgente uma mudança dos paradigmas clássicos a respeito da teorização da responsabilidade civil do empresário, eliminando a necessidade de comprovação da culpa ou do dolo do fornecedor, com a implantação de uma nova legislação que desse maior proteção jurídica ao consumidor, reconhecendo que este é a parte hipossuficiente na relação de consumo, em comparação ao empresário².

Essa mudança veio a se consolidar no direito pátrio sob a égide do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), a Lei 8.078/90 (editada em atendimento ao disposto no artigo 48 dos ADCT da Constituição Federal de 1988), que consagrou a responsabilização objetiva do empresário fornecedor de bens ou de serviços por danos causados por esses ao consumidor.

É essa mudança de paradigmas que o presente trabalho pretende abordar, enfatizando as bases teóricas da atual concepção de responsabilidade objetiva do empresário encontrada no CDC, demonstrando que a mesma tem por principal fundamento teórico a Teoria do Risco do Negócio, que, em síntese, significa que é do empresário o risco pelo sucesso ou fracasso do seu negócio, e que numa produção em série, inevitavelmente, por mais que se tenha um controle de qualidade eficiente, sempre sairão da linha de produção produtos defeituosos, que devem ser substituídos, ou, se vierem a causar algum dano ao consumidor, esses devem ser

² MARTINS, Ludmilla Neto. **Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor: responsabilidade por fato e por vício do produto e do serviço**. São Luís: EDUFMA, 2002. p. 15-17.

indenizados. Ou seja, os rendimentos auferidos pelo empresário com a venda dos produtos abarcam tanto os perfeitos quanto os defeituosos, e são aqueles rendimentos que devem responder pelos prejuízos sofridos pelo consumidor³.

Para atingir esse escopo, o presente trabalho abordará inicialmente a relação jurídica de consumo no capítulo 2, definindo as suas partes contratantes (fornecedor e consumidor) e o seu objeto (produto ou serviço).

Posteriormente, no capítulo 3, serão abordados os princípios constitucionais e os princípios e direitos básicos do consumidor consagrados no Código de Defesa do Consumidor, dando ênfase aos que fundamentam a responsabilização objetiva do fornecedor.

Dentre os princípios constitucionais se destacam: a Dignidade da Pessoa Humana; a Liberdade; a Justiça; a Solidariedade; a Isonomia e a Informação.

Dentre os princípios e direitos básicos consagrados no CDC, estão a Vulnerabilidade; a Proteção à vida, saúde e segurança; a Intervenção do Estado; a Boa-fé; a Igualdade nas contratações; a Prevenção e reparação dos danos materiais e morais; a Prevenção e a Reparação Integral e a Responsabilidade Solidária.

No capítulo 4 será tratado da evolução teórica da responsabilidade civil do empresário/fornecedor, demonstrando como se passou da responsabilização subjetiva, onde se devia auferir o dolo ou a culpa, para a responsabilização objetiva, atualmente consagrada no CDC.

Finalmente será feita a abordagem sobre as teorias que fundamentaram a responsabilidade objetiva, procurando-se demonstrar que reside na Teoria do Risco do Negócio a melhor fundamentação teórica para a responsabilização objetiva do empresário no âmbito das relações de consumo, pois este, ao iniciar uma empresa, tem como resultado não apenas os benefícios desta, mas todos os riscos à ela inerentes, notadamente os prejuízos que possa a sua atividade causar a terceiros, destacando-se dentre esses os consumidores de seus produtos ou serviços.

³ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios / Rizzatto Nunes. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 167-172.

2 A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO. PARTES CONTRATANTES E OBJETO.

Haverá relação jurídica de consumo sempre que for possível a identificação num dos pólos da relação o consumidor e no outro, o fornecedor, ambos contratando produtos e serviços⁴, conforme os conceitos definidos na Lei 8.078/90 (artigos 2º e 3º), daí a necessidade da identificação e conceituação dos integrantes da relação, bem como do objeto da mesma.

2.1 CONCEITO DE CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) traz uma definição legal de consumidor, no seu artigo 2º, como sendo toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Pretende o legislador, portanto, delimitar o âmbito de incidência do CDC somente ao sujeito consumidor especificado na Constituição Federal. O consumidor é, nessa ótica, o sujeito débil da relação de consumo, ou seja, aquele que se encontra em manifesta desigualdade em relação ao fornecedor.

Numa interpretação gramatical e óbvia do caput do artigo 2º, consumidor é tanto a pessoa física, a pessoa natural, e também pode ser a pessoa jurídica, conforme veremos. Com relação a esta última, o CDC não faz qualquer distinção quanto ao porte da mesma, podendo ser desde uma microempresa até uma multinacional.

Nesse sentido, entende Carlos Morato:

Analizando o conceito legal, não há qualquer possibilidade de restrição à proteção da pessoa jurídica, seja ela qual for, já que inexiste na sequência do artigo ou na própria lei mencionada hipótese de restrição ao tipo legal, embora não queremos com isso apegar-nos ao simples texto da lei.⁵

⁴ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Obra citada**. p. 71.

⁵ MORATO, Antonio Carlos. **Pessoa Jurídica consumidora**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 99.

O verbo “adquirir” tem no art. 2º seu sentido mais amplo, de obter, seja a título oneroso ou gratuito. Mas não se trata apenas de adquirir, mas também de utilizar o produto ou serviço, mesmo que quem o utiliza não o tenha adquirido. Como nos ensina Rizzatto Nunes:

(...).a norma define como consumidor tanto quem efetivamente adquire (obtem) o produto ou serviço como aquele que, não o tendo adquirido, utiliza-o ou consome⁶.

A norma fala em “destinatário final”. Esse termo ajuda a identificar a figura do consumidor, mas também traz alguma dificuldade de interpretação. Há, porém, consenso de que o termo não contempla o intermediário, o revendedor, pois este, a par de qualquer interpretação que se dê, não é o destinatário final do produto ou serviço, pois não o adquire com a intenção de utilizá-lo, mas de transferi-lo, o mais das vezes onerosamente, a terceiro (este sim o destinatário final).

Aqui, entendemos ser oportuno reproduzir Rizzatto Nunes:

- a) o CDC regula situações em que haja ‘destinatário final’ que adquire produto ou serviço para uso próprio sem finalidade de produção de outros produtos ou serviços;
- b) regula também situações em que haja ‘destinatário final’ que adquire produto ou serviço com finalidade de produção de outros produtos ou serviços, desde que estes, uma vez adquiridos, sejam oferecidos regularmente no mercado de consumo, independentemente do uso e destino que o adquirente lhes vai dar;
- c) o CDC não regula situações nas quais, apesar de se poder identificar um ‘destinatário final’, o produto ou serviço é entregue com a finalidade específica de servir de ‘bem de produção’ para outro produto ou serviço e via de regra não está colocado no mercado de consumo como bem de consumo, mas de produção; o consumidor comum não o adquire. Por via de exceção, contudo, haverá caso em que a aquisição do produto ou serviço típico de produção será feita pelo consumidor, e nessa relação incidirão as regras do CDC.⁷

Vê-se, portanto, que o problema do uso do termo “destinatário final” se dá quando a pessoa que adquire o produto ou serviço não é destinatária final do mesmo, mas o usará tipicamente como bem de produção.

⁶ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Obra citada**, p. 73.

⁷ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Obra citada**, p. 83.

2.1.1 As correntes maximalista e finalista

Há duas correntes que tem por escopo definir o consumidor, a maximalista (ou objetiva) e a finalista (ou subjetiva).

A corrente maximalista optou por uma interpretação extensiva do artigo 2º, do CDC, entendem os adeptos dessa corrente, que o CDC veio para regular todo o mercado de consumo brasileiro, e não só o consumidor não profissional. Para a corrente maximalista, estão abrangidos no âmbito do direito do consumidor também aqueles industriais, prestadores de serviços profissionais ou comerciantes que adquirirem bens ou serviços para a execução de suas empresas.

Vemos, portanto, que, para a corrente maximalista, para a configuração de consumidor e, conseqüentemente, para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, basta que o adquirente do produto ou serviço seja seu **destinatário final fático**, retirando-o da cadeia de consumo.

Nesse sentido, para a corrente maximalista, é considerada consumidora tanto a pessoa natural que adquire um programa de computador para seu uso particular, como a sociedade empresária comercial, que o adquire para gerenciar o seu estoque de produtos.⁸

A corrente finalista, ao contrário da maximalista, defende uma interpretação mais restritiva do conceito de consumidor, sustentando que a expressão “destinatário final”, prevista no art. 2º, deve ser analisada tendo como substrato o princípio da vulnerabilidade previsto no art. 4º do CDC, bem como o princípio constitucional da isonomia. Essa concepção deriva da noção básica de consumidor, e o motivo da determinação da tutela protetiva na Constituição Federal, encontra-se no fato do consumidor ser a parte mais fraca, ou hipossuficiente, da relação. Assim, objetivando essa interpretação restritiva, baseada nos princípios da vulnerabilidade e da isonomia, a corrente finalista propõe que para a configuração de consumidor estejam presentes dois requisitos, quais sejam: **destinação final fática** (também exigida pelos maximalistas) acrescida da sua **não destinação final econômica**.⁹

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais** – 5. ed. – São Paulo: RT, 2005, p. 304-305.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Obra citada**, p. 303.

Nesta última, além do requisito do bem ter sido adquirido sem a intenção de revenda, ele não deve ser empregado, de qualquer maneira, em outra atividade profissional, que propicie a continuação do ciclo de produção e perpetuando a cadeia de consumo.

2.1.2 Coletividade de pessoas, vítimas do evento e demais pessoas expostas às práticas comerciais

Para um completo entendimento do conceito de consumidor adotado pelo CDC, resta analisarmos o parágrafo único do seu art. 2º, que trata da coletividade de pessoas, bem como seu art. 17, que trata das vítimas do evento, e ainda o art. 29, que trata das demais pessoas expostas às práticas comerciais.¹⁰

Em relação à coletividade de pessoas, prevê o parágrafo único do art. 2º do CDC que se equipara ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

O dispositivo desse parágrafo pretende garantir à coletividade de pessoas que possa ser, de alguma forma, afetada pela relação de consumo, mesmo que não se constitua em pessoa jurídica, como, por exemplo, a massa falida ou o condomínio, quando adquire produtos ou contrata serviços.

É dessa regra que advém a legitimidade para a propositura de ações coletivas para a defesa dos direitos coletivos e difusos, previstas no Título III do CDC.

No que tange as eventuais vítimas do evento, prevê o art. 17 do CDC, que equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento

Para o presente trabalho, esse artigo é importante, pois está inserido na seção que cuida da responsabilidade civil objetiva, por fato de produto ou de serviço, causador do acidente de consumo. Esse artigo equipara ao consumidor todas as vítimas de acidente de consumo, que, mesmo não sendo consumidoras diretas dos produtos ou serviços, tenham sido atingidas por algum evento danoso causado pelo consumo dos mesmos, como por exemplo, pessoas que tenham suas casas atingidas pelo desabamento de uma obra em construção.

¹⁰ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Obra citada**, p. 84.

Quanto às demais pessoas expostas às práticas comerciais, o art. 29 as equipara aos consumidores, procurando abarcar situações em que os efeitos extrapolam a relação jurídica entre cliente e fornecedor.

Segundo Rizzatto Nunes, a interpretação da norma supra seria a de que “Uma vez existindo qualquer prática comercial, *toda* a coletividade de pessoas já está exposta a ela, ainda que em nenhum momento se possa identificar um único consumidor real que pretenda insurgir-se contra tal prática”.¹¹

Esse é, portanto, um conceito difuso de consumidor, pois, à luz desse artigo, todas as pessoas são potencialmente consumidoras, por estarem expostas a toda e qualquer forma de prática comercial.

2.2 CONCEITO DE FORNECEDOR

O caput do art. 3º do CDC conceitua fornecedor como sendo toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços

Ou seja, fornecedor é o agente econômico no exercício de sua atividade profissional, ou qualquer pessoa capaz, física ou jurídica, e até mesmo os entes desprovidos de personalidade. Podem, portanto, serem caracterizados como fornecedores a sociedade simples, o profissional liberal, o agricultor, o artesão, etc., bem como pode ser fornecedor empresa pública ou privada, ou seja, sociedade de economia mista e empresas públicas também podem se incluir neste conceito.

Nesse sentido, nos ensina Newton De Lucca: “Entende-se, de maneira geral, que a expressão “fornecedor”, no CDC, abrange todos os participantes do ciclo produtivo-distributivo”¹²

O Código de Defesa do Consumidor, ao usar a expressão “fornecedor”, refere-se a todos os sujeitos da cadeia de produção, distribuição e comercialização,

¹¹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Obra citada**, p. 85.

¹² DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor, Teoria Geral da Relação de Consumo**. Quartier Latin. 2003, p. 133.

do fabricante ou produtor ao vendedor. Quando o CDC pretende excluir algum, ou alguns desses sujeitos, descreve-os especificamente¹³.

Um ponto central do conceito de fornecedor está no termo “atividade”. Esse termo não se conforma, pura e simplesmente, com o ato isolado. Para a atividade caracterizar a relação de consumo é preciso que se constitua por uma sucessão de atos vinculados à comercialização, importação, fabricação, etc., ou seja, o ato isolado não caracteriza, em princípio, a relação jurídica de consumo. Não é fornecedor, portanto, aquele que pratica, isoladamente, um ato de comércio. É preciso haver habitualidade na realização da atividade, como, por exemplo, uma pessoa que vende seu próprio apartamento, sem que isso seja uma atividade habitual desenvolvida pelo mesmo, não é considerado fornecedor.

Outra característica relevante do conceito de fornecedor, que não pode ser desprezada, quanto ao fornecimento de produtos, é a profissionalidade, apesar de a mesma não estar mencionada expressamente do art. 3º, pois, conforme ensina Cláudia Lima Marques: “Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver *atividades* tipicamente *profissionais*, como a comercialização, a produção, a importação...”¹⁴.

Entretanto, a característica da profissionalidade não se aplica ao fornecedor de serviços, pois o conceito do artigo 3º do CDC traz apenas o critério de desenvolver “atividades de prestação de serviços”, e o § 2º do mesmo artigo, define serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”, sem especificar a necessidade de ser o fornecedor um profissional, bastando a habitualidade da atividade.¹⁵

Nesse sentido pondera Newton De Lucca, citando Alberto do Amaral Jr.:

(...) por exemplo, em trabalho que merece ser citado à exaustão pelos estudiosos do direito do consumidor no Brasil, parece identificar ambos os conceitos ao afirmar que “a relação de consumo não se verifica entre simples particulares e que os produtos e serviços de que trata devem ser colocados no mercado por um sujeito no exercício de sua atividade empresarial¹⁶”.

¹³ MARQUES, Cláudia Lima. **Obra citada**, p. 402.

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Obra citada**, p. 393.

¹⁵ Idem.

¹⁶ DE LUCCA, Newton. **Obra citada**, p. 136-137.

Como já dito, o fornecedor para o art. 3º do CDC pode ser tanto pessoa jurídica quanto pessoa física, desde que capaz, bem como pode ser também considerado fornecedor um ente desprovido de personalidade.

No que tange à pessoa jurídica a referência é para “toda a pessoa jurídica”, independentemente de sua condição ou personalidade jurídica, podendo ser pública ou privada, nacional ou estrangeira.

Ao tratar de “ente despersonalizado”, o CDC faz referência principalmente à massa falida, que deve continuar a garantir seus produtos e serviços colocados no mercado. Refere-se também às “pessoas jurídicas de fato”, ou seja, aquelas que desenvolvem, de fato, sem estarem legalmente constituídas, atividades comerciais, industriais ou de serviços, como os “camelôs”.¹⁷

No que diz respeito à pessoa física, temos primeiramente o profissional liberal como prestador de serviço. Em relação ao presente trabalho, é importante ressaltar que esse profissional recebeu uma especial proteção da lei, pois ele não responde por responsabilidade objetiva, como os demais fornecedores, mas apenas em caso de culpa, conforme o art. 14, § 4º do CDC.

Em se tratando de pessoa física que comercializa produtos ou presta serviços, de forma habitual, desde que não seja profissional liberal, como um encanador, eletricista, etc., também esses são considerados fornecedores pela lei consumerista.

2.3 OBJETO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE CONSUMO

Para por fim à análise da relação jurídica de consumo resta ser feita uma verificação de seu objeto, que pode ser ou um produto, ou um serviço, conforme expresso nos parágrafos 2º e 3º do art. 3º do CDC.

Para ao CDC, produto seria qualquer bem móvel ou imóvel material ou imaterial, e serviço seria qualquer atividade fornecida mediante remuneração, atingindo uma gama grande de situações. O código até mesmo elenca um rol não exaustivo para incluir atividades que poderiam trazer dúvida ao intérprete, como a

¹⁷ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Obra citada**, p. 89.

bancária, a financeira, excetuando-se aquelas de caráter laboral, que já é tutelada pelo direito do trabalho

2.3.1 Conceito de produto

O conceito de produto do §1º do art. 3º do CDC é o mais adequado para a atualidade, por estar ligado à ideia de bem. O bem é considerado o resultado das atividades econômicas típicas do capitalismo. O uso desse termo apresenta vantagens, pois já está consolidado no meio jurídico, e também já era usado pelos demais agentes do mercado.¹⁸

Nota-se que o CDC valeu-se da distinção tradicional entre bens móveis e imóveis para conceituar produto.

Desse modo, poderá ser considerado como produto de uma relação de consumo qualquer bem imóvel, pois conforme o art. 79 do Código Civil, pode ser considerado como bem o “solo e tudo quanto se lhe incorporar naturalmente ou artificialmente”.

Pode ser ainda tido como objeto das relações de consumo qualquer bem móvel, sendo esse entendido, à luz do art. 82 do CDC, como qualquer bem suscetível “de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômica social”. Assim, levando-se em conta essa definição, até mesmo um animal poderá ser objeto de uma relação de consumo.

Continuando a análise do conceito de produto, quanto à sua materialidade, pode ser classificado em material ou imaterial. Podem ser compreendidos como produtos os bens imateriais, tais como as operações bancárias de mútuo, financiamentos, empréstimos, etc. Aqui se observa que o código consumerista não fez qualquer distinção entre essas duas espécies de bens. A intenção do CDC é garantir que a proteção dispensada à relação jurídica consumerista esteja assegurada para qualquer compra e venda realizada, por isso os conceitos são os mais genéricos possíveis.

¹⁸ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Obra citada**, p. 90.

Outro aspecto importante, e efetiva-se uma inovação do CDC ao tratar dos produtos, é a sua durabilidade. Muito embora o legislador consumerista tenha adotado a distinção clássica entre bens móveis e imóveis, o legislador divide os produtos entre duráveis e não duráveis, conforme o art. 26, incisos I e II, do CDC, ao tratar da prescrição do direito de reclamação pelos vícios aparentes ou de fácil constatação, que é de trinta dias para os não duráveis e de noventa dias para os duráveis.

Para o mercado esses conceitos não consistiam novidade, mas foi a partir do CDC que o direito os encampou, ampliando-os também para os serviços.

Os **produtos não duráveis** são aqueles em que a sua substância se esvai com o seu uso regular. Como, por exemplo, o sabonete, que se extingue conforme vai sendo usado.¹⁹

Por sua vez, os **produtos duráveis** são aqueles que não se extinguem com o uso. Esses produtos levam tempo para se desgastar. Como exemplos de produtos duráveis podem ser citados os eletrodomésticos, as peças de vestuário, os automóveis, e, até mesmo, os imóveis. Mas durabilidade não significa eternidade. Com o seu uso regular, mesmo os produtos considerados duráveis vão se desgastando com o passar do tempo.²⁰

2.3.2 Conceito de serviço

O CDC definiu o que é serviço no §2º do art. 3º, e essa definição pretendeu ser a mais completa possível:

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

A doutrina é controversa quanto ao real significado de serviços duráveis e não duráveis. Essa conceituação é importante no que tange à decadência e à prescrição do direito de reclamação por vícios aparentes, previsto no artigo 26, incisos I e II, do

¹⁹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Obra citada**, p. 92.

²⁰ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Obra citada**, p. 93.

CDC, que, assim como no caso dos produtos, é de trinta dias para os não duráveis e de noventa dias para os duráveis.

Para alguns doutrinadores, como Paulo Luiz Netto Lôbo²¹, **serviços duráveis** são aqueles de execução continuada ou de trato sucessivo, que implicam em prestações periódicas e sucessivas, como, por exemplo, o contrato de prestação de serviço de conta corrente, de plano de saúde, de fornecimento de energia elétrica, entre outros, que se protraem no tempo, com renovações periódicas, geralmente de 30 em 30 dias.

Para essa mesma corrente, os **serviços não duráveis** são aqueles que não apresentam execução continuada, e tem prazo certo para tanto. Como, por exemplo, o contrato de prestação de serviços odontológicos, de lavagem de veículo ou de roupas, de pintura de imóvel, entre outros.

Para outra parte da doutrina, da qual fazem parte Arruda Alvim²², defende que os **serviços duráveis** não estão ligados a duração da atividade desenvolvida pelo fornecedor (contrato de trato continuado) e sim a durabilidade do resultado do serviço. Desse modo, será um serviço durável a pintura de um automóvel, pois apesar de não ser um ajuste de trato continuado, os resultados do serviço (pintura) perdurarão no tempo.

Essa mesma corrente, por outro lado, considera que são **serviços não duráveis**, aqueles cujos resultados não serão sentidos pelo consumidor por um lapso longo de tempo, como, por exemplo, os serviços de transporte, hospedagem ou de lazer.

Para Luiz Antonio Rizzatto Nunes, numa terceira via que mescla as duas anteriores, temos que:

Serviços duráveis são aqueles que:

- a) tiverem continuidade no tempo em decorrência de uma estipulação contratual. São exemplos a prestação dos serviços escolares, os chamados planos de saúde, etc., bem como todo e qualquer serviço que no contrato seja estabelecido como contínuo;

²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 102.

²² ALVIM, Arruda... [et al.]. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 174.

b) embora típicos de não-durabilidade e sem estabelecimento contratual de continuidade, deixarem como resultado um produto. Por exemplo, a pintura de uma casa, a instalação de um carpete, o serviço de *buffet*, a colocação de um box, os serviços de assistência técnica e de consertos (conserto de um veículo), etc. Nesses casos, embora se possa destacar o serviço do produto deixado (o que gerará diferenciais no aspecto de responsabilidade, como se verá), o produto faz parte do serviço – às vezes até com ele se confundindo, como acontece, por exemplo, com a pintura de uma parede.²³

A remuneração é outro aspecto de vital importância para a delimitação do conceito de serviço para o CDC, pois ela é elemento indispensável para que um serviço seja considerado como objeto de uma relação de consumo, excluindo expressamente as de caráter trabalhista.

Por “remuneração” o CDC define qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto. O pagamento direto é aquele feito diretamente pelo consumidor ao fornecedor, por um serviço que tenha sido prestado. Já o pagamento indireto se dá quando, por exemplo, no caso do estacionamento não cobrado pelos supermercados, pois esse valor está “embutido” nos custos dos produtos comercializados, sendo assim cobrado indiretamente. Nos dois casos há incidência do CDC, pois houve cobrança pelos serviços prestados, ou seja, houve remuneração de caráter não trabalhista.

Nesse sentido entende Cláudia Lima Marques:

Parece-me que a opção pela expressão “remunerado” significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individualmente que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos), ou quando ele paga indiretamente o “benefício gratuito” que está recebendo.²⁴

Os serviços de natureza bancária, que inobstante previsão expressa no CDC foram alvo de ADIn por parte Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif)), também são abrangidos pelo Direito do Consumidor, conforme a Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”

²³ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Obra citada**, p. 90.

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Obra citada**, p. 394.

Os serviços públicos também são abrangidos pelo âmbito do CDC, pois seu art. 3º incluiu no rol dos fornecedores a pessoa jurídica de direito público, e ainda, conforme o art. 22 do mesmo diploma, os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, esses devem ser contínuos.

A Lei de Greve (Lei 7.783/89), em seu art. 10, traz o rol dos considerados serviços essenciais, entre os quais destacam-se o tratamento e abastecimento de água, produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis, assistência médica e hospitalar, transporte coletivo, entre outros.

Por eficientes entendem-se aqueles serviços prestados que ofereçam “o maior número possível de efeitos positivos” para o administrado²⁵.

Quanto aos serviços essenciais, esses devem ser contínuos..O serviço público considerado essencial, bem como o de caráter urgente, não pode ser descontinuado, pois caso contrário não seria possível garantir segurança e uma vida digna, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88).

Romeu Felipe Bacellar Filho conclui que “(...) pelo princípio da continuidade, os serviços públicos devem ser incessantemente prestados, sem interrupções injustificáveis”²⁶

Vê-se, portanto, que a Lei Consumerista visa sempre à proteção do hipossuficiente na relação jurídica de consumo, mesmo no caso de serviços públicos.

Sobre o tema observe-se o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. NATUREZA SATISFATIVA. DISPENSA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. RELIGAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLEMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DOS ARTS. 22 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E 6º, § 3º, II, DA LEI Nº 8.987/95. PRECEDENTES 1. Em princípio, as medidas cautelares estão

²⁵ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios / Rizzatto Nunes. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva. 2009, p. 105.

²⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 5. ed. reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109.

vinculadas a uma ação principal a ser ajuizada ou em curso, consoante os artigos 800, 806 e 808. Contudo, esta Corte sufraga o entendimento de que em certas situações, a natureza satisfativa da medida cautelar, torna desnecessária a postulação de pedido em caráter principal. No caso concreto, a pretensão veiculada na ação cautelar de restabelecimento de energia elétrica não se submete ao prazo preclusivo previsto no artigo 806 do Código de Processo Civil. Precedentes. 2. O art. 22 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), dispõe que "os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos". 3. **O princípio da continuidade do serviço público assegurado pelo art. 22 do CDC deve ser obtemperado, ante a exegese do art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95 que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade.** Precedentes. 4. Recurso especial provido em parte. (REsp 805.113/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 23/10/2008) (grifo nosso).

Vê-se que o Superior Tribunal de Justiça entende que essa continuidade não é absoluta, sendo obtemperada no caso concreto, quando, por exemplo, em virtude da inadimplência do consumidor.

3 OS PRINCÍPIOS E DIREITOS BÁSICOS QUE REGEM A RELAÇÃO DE CONSUMO

Os princípios do Código de Defesa do Consumidor refletem os princípios constitucionais e os direitos básicos fundamentais do consumidor. Neste terceiro capítulo serão abordados os princípios constitucionais e os direitos básicos que regem a relação de consumo, bem como os princípios consagrados na Lei 8.078/90, destacando os que fundamentam a responsabilidade objetiva do fornecedor.

Entre os princípios constitucionais se destacam: a Dignidade da Pessoa Humana; a Liberdade; a Justiça; a Solidariedade e a Isonomia. Dentre os princípios e direitos básicos consagrados no CDC, estão a Vulnerabilidade; a Proteção à vida, saúde e segurança; a Intervenção do Estado; a Boa-fé; a Igualdade nas contratações; a Prevenção e reparação dos danos materiais e morais; a Prevenção e a Reparação Integral e a Responsabilidade Solidária.

O que se verifica é a repercussão do Estado Social instituído pela Constituição de 1988 no Código de Defesa do Consumidor. Em virtude da massificação da produção e da circulação de bens e riquezas, e no intuito de proteção à parte mais vulnerável da relação, consolidou-se na legislação infraconstitucional a responsabilidade objetiva nas relações de consumo. Paulo Luiz Netto Lobo discorre sobre o tema:

O Estado social, sob o ponto de vista do Direito, deve ser entendido como aquele que acrescentou à dimensão política do Estado liberal (limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, que atingiu seu apogeu no século XIX) a dimensão econômica e social, mediante a limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. O Estado social se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas. As Constituições sociais são assim compreendidas quando regulam a ordem econômica e social, para além do que pretendia o Estado liberal.²⁷

Visando à garantia desses princípios, a Constituição de 1988 contém, expressamente, no seu Artigo 5º, inciso XXXII, que

²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2796>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, e ainda, no seu Artigo 170, inciso V, que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V- defesa do consumidor

Passa-se então a uma análise pormenorizada desses princípios constitucionais e direitos e princípios básicos contidos no CDC, que serviram como substrato para a formulação da responsabilização objetiva do fornecedor.

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

3.1.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Como advento do Estado Social, consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, a Dignidade da Pessoa Humana passa a ser a garantia fundamental a que todos os demais princípios e normas estão subordinados

A dignidade da pessoa humana é o principal direito constitucionalmente garantido, e todo ser humano já possui dignidade pelo simples fato de ser pessoa. “Ela é a primeira garantia das pessoas, e a última instância de guarda dos direitos fundamentais”²⁸.

3.1.2 O Princípio da Liberdade

O sentido de liberdade consagrado no texto constitucional, e que interessa ao presente trabalho, se divide em dois aspectos: a escolha livre do consumidor e a liberdade para o empreendedorismo do fornecedor.

²⁸ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios / Rizzatto Nunes. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva. 2009, p. 26.

O art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, estabelece que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa livre e solidária.

No que tange ao consumidor, esse deve ser livre para, em querendo, ter o poder para adquirir um produto ou serviço. É esse binômio querer e poder que confere a liberdade ao consumidor, em suma, seu atuar de ser livre. E cabe ao Estado garantir essa liberdade, intervindo na produção e distribuição de bens e serviços, para também garantir a possibilidade de escolha por parte do consumidor.

Em relação ao fornecedor, o sentido da norma constitucional é conferir a livre iniciativa para qualquer pessoa, no exercício de sua autonomia da vontade, de essa possa empreender qualquer tipo de atividade, desde que permitida legalmente.

A livre iniciativa também está consignada no texto constitucional, como princípio fundamental da República, em seu artigo 1º, inciso IV

Assim, todo sujeito pode, livremente, exercer qualquer empresa, ou empreender qualquer negócio legal, arcando evidentemente com os riscos inerentes do exercício dessa atividade, entre os quais o de ser responsabilizado por danos causados a terceiros.

3.1.3 O Princípio da Justiça/Equidade

O Princípio da Justiça é retirado do artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, que estabelece ser um dos objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade, livre, **justa** e solidária.

Nesse sentido, visa o texto constitucional, à busca de uma justiça material, e comutativa, e não apenas formal. O Princípio da Justiça está umbilicalmente atrelado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento de todas as demais normas jurídicas, e deve ser sempre aplicado ao caso concreto, independentemente de por vezes ir de encontro ao que está na interpretação literal da regra positivada.

O objetivo principal que se busca na aplicação da justiça ao caso concreto, e notadamente nas relações em que uma das partes está em flagrante desvantagem,

como no caso da relação de consumo, é o de propiciar o equilíbrio dessa relação, visando sempre um atuar com equidade.

Nesse sentido, Rizzato Nunes:

A justiça é, assim, o objetivo da República e fundamento da ordem jurídica, como condição de sua possibilidade de realização histórica. Por isso, na aplicação das normas jurídicas aos casos concretos, muitas vezes tem-se de atenuar os rigores do texto normado, mitigando seu apelo formal: é necessário agir com equidade.²⁹

O Princípio da Justiça, e em consequência a busca da equidade, foi um dos principais fundamentos das normas surgidas no sentido de conferir uma tutela protetiva para o consumidor, em reconhecimento à sua vulnerabilidade. Dentre as normas, encontra-se a responsabilização objetiva do fornecedor pelos danos causados por seus produtos ou serviços.

O que se busca na norma citada é a justiça comutativa, no sentido de melhor distribuir os riscos da atividade econômica.

3.1.4 O Princípio da Solidariedade

Tal princípio também se encontra no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, que também estabelece como um dos objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade solidária. Esse princípio impõe a todos os membros da sociedade brasileira o dever de assistência mútua, no sentido de conferir uma vida digna a todos os seus membros.

Assim, em todas as relações jurídicas, não importa a posição de uma parte em relação à outra, no tocante às suas condições materiais, ou sociais, sempre deve se buscar, em um conflito, uma solução que fira o mesmo possível o direito da parte menos favorecida.

No que concerne à relação de consumo, o princípio da solidariedade impõe que o fornecedor atue eticamente, buscando sempre conferir ao consumidor um tratamento que busque atingir o objetivo de lhe conferir a realização de seus anseios

²⁹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Obra citada**, p. 30.

quando da aquisição de bens ou serviços, notadamente o de repará-lo em caso de dano.

3.1.5 O Princípio da Isonomia

Levando-se em conta a flagrante desigualdade entre consumidores e fornecedores, a tutela protetiva dada ao consumidor pela Constituição Federal é decorrência direta do princípio da isonomia, consagrado no seu artigo 5º, *caput* e inciso I, que estabelece a igualdade de todos perante a lei. Mas, no entanto, se são todos iguais perante a lei, à primeira vista, poderia se afirmar a inexistência de razões para a concessão de qualquer tratamento diferenciado ao consumidor.³⁰

Ocorre que a falta de uma tutela protetiva ao consumidor ensejaria, na realidade, numa desigualdade fática, e em consequência, uma injustiça. Nesse sentido, no escopo de propiciar equilíbrio à relação jurídica de consumo, são conferidas prerrogativas aos consumidores em detrimento dos fornecedores, na intenção de atingir a igualdade material, por meio da concessão de um tratamento desigual aos que são materialmente desiguais.

3.2 OS PRINCÍPIOS E DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR NO CDC

3.2.1 O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor

Em reconhecimento ao desequilíbrio existente nas relações de consumo, como já exposto, o legislador da Constituição 1988 determinou a sua tutela. Essa determinação constitucional representa a efetiva aplicação do princípio constitucional da Isonomia, que consta no art. 5º, *caput*, e inciso I.

³⁰ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Obra citada**, p. 33-35.

Essa inferioridade do consumidor perante o fornecedor na relação de consumo é presunção *absoluta*, ou seja, todo consumidor, sem exceção, é tido como vulnerável em face do fornecedor.³¹

O reconhecimento desse desequilíbrio significa também admitir que o consumidor é a parte vulnerável na relação de consumo. Essa vulnerabilidade está consagrada no inciso I do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, e pode se dar tanto no aspecto técnico, como no econômico ou no jurídico.

No aspecto **técnico**, se reconhece que o consumidor não tem acesso às informações referentes aos meios de produção, que pertencem exclusivamente ao fornecedor. É este último que determina a forma e os meios com que serão produzidos e colocados em circulação os produtos e serviços, ficando o consumidor refém da vontade do fornecedor em relação ao que será produzido e disponibilizado para ser consumido. A possibilidade de escolha do consumidor nesse sentido acaba sendo prejudicada, pois que limitada por aquilo que o produtor coloca em circulação no mercado, tendo esse sempre em vista a obtenção de lucro.

No aspecto **econômico**, se reconhece que o consumidor, na grande maioria das relações consumeristas, é fragilizado em relação ao fornecedor. O fornecedor normalmente dispõe de mais recursos financeiros que o consumidor, o que normalmente lhe garante mais condições de enfrentar qualquer conflito, seja por via judicial ou não.

No aspecto **jurídico**, temos a questão dos contratos de adesão a que são submetidos os consumidores, que apresentam cláusulas pré-elaboradas sem a participação da vontade do consumidor, e que muitas vezes podem lhe trazer algum prejuízo.

O Superior Tribunal de Justiça vem aplicado o Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, como se pode observar no seguinte julgado:

Processo civil e Consumidor. Rescisão contratual cumulada com indenização. Fabricante. Adquirente. Freteiro. Hipossuficiência. Relação de consumo. Vulnerabilidade. Inversão do ônus probatório. - Consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto como destinatário final econômico, usufruindo do produto ou do serviço em benefício próprio. -

³¹ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**, São Paulo: RT, 2006; p. 97

Excepcionalmente, o profissional freteiro, adquirente de caminhão zero quilômetro, que assevera conter defeito, também poderá ser considerado consumidor, quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma **hipossuficiência quer fática, técnica ou econômica**. - Nesta hipótese esta justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a concessão do benefício processual da inversão do ônus da prova. Recurso especial provido. (RESP 200801793935, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:17/08/2009.) (grifo nosso)

Nesses três sentidos, portanto, técnico, econômico e jurídico é que o Código de Defesa do Consumidor reconhece a vulnerabilidade do consumidor e concede-lhe tutela protetiva com o escopo de equipará-lo ao fornecedor, objetivando, com isso, o atingimento de uma justiça contratual, como, por exemplo, com a responsabilização objetiva do fornecedor pelos danos causados ao consumidor, pois é daquele o risco pelo desenvolvimento da atividade econômica.

3.2.2 A Proteção à vida, à saúde e à segurança.

Esses direitos são umbilicalmente ligados ao princípio-mor da dignidade da pessoa humana, estando consagrados no artigo 4º, *caput*: bem como no inciso I do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua **dignidade, saúde e segurança**, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:" (grifo nosso).

(...)

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - **a proteção da vida, saúde e segurança** contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;"

Essas regras asseguram ao consumidor condições morais e materiais de uma qualidade de vida minimamente digna, quando da aquisição de produtos e serviços,

notadamente os públicos e essenciais (transporte, água, eletricidade, etc.), bem como de medicamentos e até mesmo de imóveis. Essas regras abrangem também os produtos e serviços ligados ao lazer (art. 6º, *caput*, da Constituição Federal), e ao bem-estar moral ou psicológico.³²

A proteção à vida, a saúde e segurança são direitos que também asseguram ao consumidor a plena reparabilidade de qualquer dano que ele venha a sofrer, seja moral ou material, quando da utilização de bens ou serviços postos à sua disposição pelo fornecedor.

O STF tem reconhecido a aplicabilidade desse princípios, como se observa no seguinte julgado:

Direito do consumidor. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Consumo de produto colocado em circulação quando seu prazo de validade já havia transcorrido. "Arrozina Tradicional" vencida que foi consumida por bebês que tinham apenas três meses de vida, causando-lhes gastroenterite aguda. **Vício de segurança.** Responsabilidade do fabricante. Possibilidade. Comerciante que não pode ser tido como terceiro estranho à relação de consumo. Não configuração de culpa exclusiva de terceiro. - Produto alimentício destinado especificamente para bebês exposto em gôndola de supermercado, com o prazo de validade vencido, que coloca em **risco a saúde** de bebês com apenas três meses de vida, causando-lhe gastroenterite aguda, enseja a responsabilização por fato do produto, ante a existência de vício de segurança previsto no art. 12 do CDC. - **O comerciante e o fabricante estão inseridos no âmbito da cadeia de produção e distribuição**, razão pela qual não podem ser tidos como terceiros estranhos à relação de consumo. - A eventual configuração da culpa do comerciante que coloca à venda produto com prazo de validade vencido não tem o condão de afastar o direito de o consumidor propor ação **de reparação pelos danos** resultantes da ingestão da mercadoria estragada em face do fabricante. Recurso especial não provido. (RESP 200701978311, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:02/06/2009 RSTJ VOL.:00215 PG:00454.)" (grifo nosso)

Observa-se nesse julgado a aplicação da proteção à vida, à saúde e à segurança como substrato para as reparações dos danos causados pelos produtos

³² NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Obra citada**, p. 128.

viciados, bem como a aplicação da responsabilidade solidária, estendendo-a a todos os integrantes da cadeia de produção e distribuição do produto.

3.2.3 A Intervenção do Estado

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso II, determina a intervenção direta do Estado no que tange à proteção do consumidor, visando lhe garantir a possibilidade de acesso aos produtos e serviços essenciais, e ainda a qualidade e conformidade desses quanto aos aspectos da segurança, durabilidade e desempenho.

O inciso VI do mesmo artigo, consagra os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da isonomia e dos princípios gerais da atividade econômica, ao procurar reprimir os abusos praticados pelos fornecedores inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores.

Tal dispositivo deixa nítida a responsabilidade civil do fornecedor de bem e serviços, ao determinar que se coíba e reprima qualquer forma de abuso praticado na comercialização de bens e serviços³³.

3.2.4 O Princípio da Boa-fé

Quando o Código de Defesa do consumidor refere-se à boa-fé, está a abranger a boa-fé OBJETIVA, que tem um sentido diverso do que poderia se denominar boa-fé subjetiva. Esta última diz respeito à ignorância de alguém sobre um fato, que modifique, viole ou impeça o exercício de um direito seu. A boa-fé objetiva está incorporada pelo artigo 4º, inciso III do CDC:

Art. 4º (...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a

³³ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Obra citada**, p. 128.

viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica ([art. 170, da Constituição Federal](#)), sempre com base **na boa-fé** e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. (grifo nosso)

A boa-fé objetiva deve ser entendida com um atuar lealmente e honestamente, sendo na verdade uma regra de conduta nesse sentido, que tem por objetivo atingir o equilíbrio nas posições contratuais no âmbito das relações de consumo.

Ela funciona como um *standard* comportamental. Nas palavras de Cláudia Lima Marques a boa-fé objetiva é:

(...) um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor *A* ou *B*, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família, que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada ³⁴.

A Jurisprudência do STF tem decidido reiteradamente mediante a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, como se observa no seguinte julgado:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. SEGURO SAÚDE. CONTRATAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.656/98. DOENÇA PRÉ-EXISTENTE. OMISSÃO IRRELEVANTE. LONGO PERÍODO DE SAÚDE E ADIMPLEMENTO CONTRATUAL ANTES DA MANIFESTAÇÃO DA DOENÇA. - As disposições da Lei 9.656/98 só se aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como para os contratos que, celebrados anteriormente, foram adaptados para seu regime. A Lei 9.656/98 não retroage para atingir o contrato celebrado por segurados que, no exercício de sua liberdade de escolha, mantiveram seus planos antigos sem qualquer adaptação. - O segurado perde direito à indenização, nos termos do art. 766, CC/2002, (art. 1.444/CC1916) se tiver feito declarações inverídicas quando poderia fazê-las verdadeiras e completas. E isso não se verifica se não tiver ciência de seu real estado de saúde. Precedentes. - Excepcionalmente, a omissão do segurado não é relevante quando contrata seguro e mantém vida regular por vários anos, demonstrando que possuía, ainda, razoável estado de saúde quando da contratação da apólice. - Aufere vantagem manifestamente exagerada, de forma abusiva e em **contrariedade à boa-fé objetiva**, o segurador que, após longo período recebendo os prêmios devidos pelo segurado, nega cobertura, sob a alegação de que se trata de doença pré-existente. Recurso Especial

³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Obra citada**, p. 216.

provido. (RESP 200801738095, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:03/02/2009.) (grifo nosso)

A boa-fé objetiva serve, portanto, como um modelo para o intérprete na verificação do caso concreto. O órgão julgador deve sempre verificar se as partes atuaram de forma adequada e justa. Para Cláudia Lima Marques, o julgador deve usar a boa-fé objetiva como “...um paradigma de conduta para as partes, e uma medida de decisão,...,um instrumento objetivo da apreensão da realidade pelo juiz”³⁵.

A boa-fé objetiva impõe às partes contratantes um agir de forma a garantir o respeito mútuo entre elas, visando uma relação sem abusos, de forma a não causar lesão a nenhuma das partes, com essas atuando sempre em cooperação para atingir o fim do contrato, consubstanciando o seu interesse comum.

3.2.5 A Igualdade nas Contratações

A igualdade nas contratações está garantida pelo inciso II do art. 6º do CDC, que a prevê no rol dos direitos básicos do consumidor

Essa regra representa expressamente o princípio da igualdade insculpido na Constituição Federal em seu art. 5º, caput. Esse direito básico dos consumidores apresenta duas faces relevantes: a) o equilíbrio de forças entre o consumidor e o fornecedor, buscando assegurar que o consumidor, que é a parte mais fraca na relação de consumo tenha a proteção necessária para assegurar o equilíbrio entre as partes, fornecedor e consumidor; b) o direito de assegurar que nas relações de consumo exista sempre a igualdade de possibilidades negociais, bem como a tratamento isento de qualquer discriminação injustificada para com consumidor que busque o fornecimento.

Segundo essa regra, o fornecedor não pode fazer diferenciações entre os consumidores, devendo dispensar o mesmo tratamento e oferecer as mesmas condições para todos eles. A única exceção se dá no caso daqueles consumidores

³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Obra Citada**, p. 220.

que pela sua condição necessitam de alguma espécie de proteção especial, como se dá com os idosos, gestantes ou crianças.

No caso de o fornecedor tratar desigualmente um consumidor em detrimento de outro, sendo que ambos se encontram em igualdade de condições, e esse fato venha a lesar de alguma forma o consumidor preterido no tratamento, está configurado o direito a esse último de ter seu prejuízo indenizado, e o fornecedor tendo o dever de fazê-lo.

3.2.6 A Prevenção e Reparação de Danos Materiais e Morais

Os direitos à prevenção e reparação de danos materiais ou morais são garantidos ao consumidor pelo inciso VI do art. 6º do CDC, que menciona expressamente a garantia dos interesses individuais, coletivos e difusos

Tais direitos são os principais fundamentos da responsabilização civil do fornecedor. O uso do termo “efetiva proteção” tem o sentido de que se mantenha permanente e estável o patrimônio do consumidor.

O direito à prevenção de dano material ou moral assegura ao consumidor meios de buscar junto ao Poder Judiciário medidas, inclusive cautelares, no sentido de se evitarem danos. O CDC, em seu artigos 83 e 84, especificou as regras processuais nesse sentido, afirmando serem admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela aos direitos do consumidor.

O direito à reparação por qualquer tipo de dano, seja material devido a lucros cessantes ou perdas emergentes, seja por dano moral, deve ser de forma integral. Portanto, deve-se recompor **totalmente** o patrimônio do consumidor que tenha sido lesado. Nesse caso é proibido o tarifamento do *quantum* indenizatório, não pode haver um limite para a o valor da indenização, pois isso poderia implicar numa diminuição do patrimônio lesado³⁶.

³⁶ Bruno Miragem nos ensina que “Não se aplica ao regime de perdas e danos nas relações de consumo o disposto no art. 944, parágrafo único do novo Código Civil, que autoriza a diminuição do *quantum* indenizatório, em razão da medida da culpa do ofensor. No regime do CDC, em que a responsabilidade é objetiva, não se tem razão para estabelecer a culpa como fator de diminuição do *quantum* indenizatório”. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos

3.2.7 O Princípio da Responsabilidade Solidária

Estabelece o parágrafo único do art. 7º do CDC o princípio da solidariedade legal para a responsabilidade pela reparação de danos que venham a ser causados aos consumidores, se esses forem causados por mais de um autor

Essa norma firma a responsabilidade solidária entre todos os responsáveis pelos danos causados, em conformidade com os artigos 264 e 265 do Código Civil Brasileiro:

Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

Art. 265. A solidariedade não se presume; **resulta da lei** ou da vontade das partes. (grifo nosso).

Por esse dispositivo o consumidor pode escolher contra quem deseja mover uma ação de reparação de danos, pois a solidariedade obriga a todos os responsáveis simultaneamente, pois a ação contra um obriga a todos os demais,

A responsabilidade solidária também é encontrada em outros artigos do CDC, e de forma expressa, como ocorre nos artigos 18 e 19, ambos nos seus *caput*:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

Também se encontra nos artigos 25, §§1º e 2º e no artigo 34:

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 2º Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.”

...omissis...

“Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

Vê-se que o sistema protetivo do consumidor considera como fornecedores todos os participantes da cadeia produtiva de fornecimento de produtos ou de serviços, não se importando se a “(...)sua relação é direta ou indireta, contratual ou extracontratual com o consumidor”³⁷.

O STJ tem aplicado o princípio da responsabilidade solidária, conforme se observa no seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA N. 83/STJ. 1. O STJ entende que o requisito do prequestionamento é satisfeito quando o Tribunal a quo emite juízo de valor a respeito da tese defendida no especial. Súmula n. 282/STF. 2. **Há responsabilidade solidária** entre fabricante de automóveis e concessionária quando ocorre defeito de fabricação. Precedentes. 3. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" – Súmula n. 83 do STJ. 4. Agravo regimental desprovido. (AGA 200900914771, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:18/08/2010.) (grifo nosso)

Nesse julgado, todos os envolvidos na cadeia de produção e venda do automóvel, fabricante e concessionária, foram solidariamente responsáveis pelos danos causados pelo defeito de fabricação do veículo.

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques afirma que:

³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Obra Citada**, p. 402 – 403.

O parágrafo único do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor traz a regra geral sobre a solidariedade da cadeia de fornecedores de produtos e serviços. Aqui a idéia geral é o direito ao ressarcimento da vítima-consumidor (art. 6º, VI, c/c art. 17 do CDC), uma vez que o microsistema do CDC geralmente impõe a responsabilidade objetiva ou independentemente de culpa (arts. 12, 13, 14, 18, 20 do CDC). O CDC permite assim a visualização da cadeia de fornecimento através da imposição de solidariedade entre os fornecedores. O CDC impõe a solidariedade em matéria de defeito do serviço (art. 14 do CDC) em contraponto aos arts. 12 e 13 do CDC, com responsabilidade objetiva imputada nominalmente a alguns agentes econômicos. Também nos arts. 18 e 20 a responsabilidade é imputada a toda a cadeia, não importando quem contratou com o consumidor. Segundo o parágrafo único do art. 7º, tendo mais de um a utor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo, disposição que vem repetida no art. 25, §1º.³⁸

Assim, todos os participantes da cadeia produtiva aludida nos artigos 18 e 20 do CDC, bem como o “fornecedor de serviços” constante no artigo 14, *caput*, do mesmo diploma, são solidariamente responsáveis por eventuais danos causados aos consumidores de seus bens e serviços.

³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo, RT, 2004. p. 223.

4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPRESÁRIO/FORNECEDOR

A Revolução Industrial provocou inúmeras e importantes alterações na sociedade ocidental. Ocorreu um avassalador ingresso de novos produtos e serviços no mercado consumidor. As relações consumidor/fornecedor que antes eram de caráter pessoal, passaram a se dar de maneira massificada e impessoal, com o consumidor (a parte mais fraca) em evidente desvantagem em relação ao fornecedor (presumidamente a parte mais forte). Houve ainda um aumento significativo do risco de dano, tendo em vista serem inevitáveis as falhas devido ao sistema de produção em série que passou a preponderar desde então.³⁹

Nesse quadro, a responsabilidade civil subjetiva tradicional, que se fundava na culpa e no ônus da prova imposto à vítima, demonstrou ser ineficaz para proteger o consumidor, conforme João Batista de Almeida:

Essa evolução, se de um lado gerou desenvolvimento, conforto material e modernização da atividade mercantil, de outro trouxe como subproduto um fato novo: a insuficiência da defesa do consumidor em face do poderio do fornecedor. As soluções de direito comum – de orientação privatística e pressupondo a igualdade das partes – , mostraram-se inadequadas para regular as relações de consumo, que demandavam orientação plublicística para assegurar o equilíbrio das partes (...) **A exigência da culpa do fornecedor tornava inviável o ressarcimento de dano causado ao consumidor em virtude de colocação no mercado de produto ou serviço potencialmente danoso**⁴⁰.(grifo nosso).

No presente capítulo pretende-se demonstrar, ainda que sucintamente, como se deu a evolução da responsabilidade civil tradicional subjetiva do fornecedor, até se chegar à responsabilidade civil objetiva, atualmente consagrada no Código de Defesa do Consumidor.

Conforme o Professor Fernando Noronha⁴¹, num primeiro momento, comum a todos os povos, não se distinguia a responsabilidade civil da penal, nem a culposa

³⁹ MARTINS, Ludmilla Neto. **Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor**: responsabilidade por fato e por vício do produto e do serviço. São Luis: EDUFMA, 2002. p. 15-17

⁴⁰ ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do Consumidor**. - São Paulo: Saraiva, 1993, p. 61.

⁴¹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações, volume 1**: fundamentos do direito das obrigações, introdução e responsabilidade civil. 2.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 528-531.

da objetiva, e tampouco a individual da coletiva, Confundiam-se, até mesmo, as noções de crime e de pecado.

Posteriormente, num processo de laicização do Estado, mas ainda sem a noção de reparação individual, era o grupo, ou clã, que assumia a função de punir o responsável, na chamada época da *vendetta*, ou período da vingança privada.⁴²

Numa evolução da responsabilização, surgiu a Lei de Talião, nos povos do Oriente Médio e por outros influenciados por eles, até chegar em Roma, materializada na Lei das Doze Tábuas. Mas ainda a noção de responsabilidade civil ainda se confundia com a penal.

Em Roma, em 286 a. C., a Lei Aquília estabeleceu um princípio geral da reparação do dano, e as primeiras ideias acerca da noção de culpa. A responsabilidade civil começou a ganhar contornos subjetivos, devido à necessidade de comprovação da culpa do agente para a caracterização da obrigação de ressarcir. Iniciou-se ali, portanto, um distanciamento da responsabilidade objetiva, bem como a ideia de reparação pecuniária.⁴³

Durante a Idade Média, o pensamento dos romanos foi sendo aperfeiçoado, culminando, passo a passo, na consagração do princípio aquiliano, segundo o qual a culpa, ainda que levíssima, obrigava a indenizar.

Já na Idade Contemporânea, no final do Século XVIII, logo após a Revolução Francesa, surgiu o Código Napoleônico, que previu a responsabilidade contratual advinda da vontade das partes contratantes. Com o avanço do Direito Canônico e, principalmente, a influência do pensamento da escola de direito natural ou jusracionalista, a responsabilidade civil abandonou por completo as premissas objetivas, revestindo-se de caráter subjetivo, assentando suas bases inteiramente na culpa. O Direito Canônico, com a ideia de culpa jurídica ligada ao pecado⁴⁴, e o Jusracionalismo, contribuíram no sentido de que ambos apregoavam ser a vontade a verdadeira fonte das obrigações. Desta forma, o sujeito somente poderia ser responsabilizado por atos decorrentes da sua vontade, ou de sua culpa, seja esta *lato sensu* (agir com dolo), ou *stricto sensu* (agir com negligência, imprudência ou imperícia).

⁴² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. I, p. 16-25.

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 8.

⁴⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Obra citada**; p. 27.

Cabe ressaltar que essa concepção de responsabilidade civil advinda da ideia da culpa estava intimamente relacionada aos interesses de uma burguesia em ascensão, ideológica e politicamente atrelada ao liberalismo patrimonialista e individualista, fundamento de um novo modelo de produção que começava a despontar, o capitalismo, de acordo com Silvio Luis Ferreira da Rocha:

O sistema de responsabilidade civil baseada na culpa foi fruto da concepção racionalista e individualista do Direito e respondeu plenamente à diretiva, hoje superada, do *laissez-faire*. Apresentava-se coerente com as idéias de liberdade contratual absoluta e com o exercício irrestrito do direito de propriedade existentes. Constituía um retrato fiel dos postulados da época, que idealizavam a figura do homem economicamente poderoso e empreendedor que forjou a Revolução Francesa.⁴⁵

O Direito francês, de ideologia liberal, individualista e patrimonialista, passou a influenciar o ordenamento jurídico de vários povos a partir daí, e consequentemente influenciou também a concepção de responsabilidade civil das legislações ordinárias surgidas no decorrer dos Séculos XVIII e XIX, inclusive o nosso Código Civil de 1916, que em seu artigo 159 assim dispunha:

Art. 159 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Segundo a doutrina subjetivista da responsabilidade civil, que atingiu seu ápice no contexto de uma sociedade liberal fundada no princípio da autonomia da vontade, só haveria a obrigação de reparar os danos que o sujeito poderia evitar se tivesse agido com diligência. A sociedade liberal tem a ideologia do individualismo como plano de fundo, atuando sob o amparo de um Estado mínimo, não intervencionista na esfera privada.

Nesse contexto, a responsabilidade civil subjetiva acabou por constituir-se em um dos fundamentos de todas as legislações ordinárias, consagrando-se na quase totalidade dos Códigos Cíveis da Modernidade (século XIX) e passando a vigorar como princípio o brocado “nenhuma responsabilidade sem culpa”⁴⁶.

⁴⁵ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2000, p. 36.

⁴⁶ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Obra citada**, p. 19-21.

A responsabilidade subjetiva restava demonstrada, portanto, através do tripé composto pela comprovação do dano, do ato culposos e do nexo de causalidade, evidenciando-se de que não haveria dano sem que o agente praticasse um ato ao menos culposos, quanto mais doloso.

Vale frisar que, a exigência da culpa, com esses mesmos parâmetros, continua sendo a regra também no atual Código Civil de 2002. É o que se verifica quando da conjugação dos artigos 927, caput, e 186 do referido diploma legal, que prevêm do dever de reparação por dano causado por ato ilícito, mediante conduta culposa

Não obstante, Alvino Lima entende que essa concepção clássica de responsabilidade civil, de cunho subjetivo, muito embora atenda perfeitamente aos interesses do modo de produção capitalista, por oferecer a segurança jurídica de que necessitam os seus agentes, demonstrou ser ineficaz em relação às novas formas de relações de consumo, que passaram a se dar de forma predominantemente massificada, com a produção em série dos produtos, como é próprio do capitalismo.

Isso ocorreu porque, na teoria da responsabilidade subjetiva, como já dito, é necessário que haja culpa do agente para a responsabilização por eventual dano. É nesse aspecto que há grande dificuldade, e até a impossibilidade, que se apresenta ao consumidor, da comprovação da culpa do fornecedor. Essa dificuldade decorre do grande número de agentes envolvidos em uma cadeia produtiva seriada.

Nesse sentido, pondera Alvino Lima:

Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos que a civilização moderna criava ou agravava; imprescindível se tornava, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um ângulo até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação, e não interior, subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão somente os da reparação de perdas. Os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes os interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto,

se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva.⁴⁷

Assim sendo, as demandas de responsabilidade civil, relacionadas às relações consumeristas, tinham desfecho favorável ao fornecedor, e as indenizações por danos causados pelos produtos eram na grande maioria das vezes negadas, devido à dificuldade que se apresentava ao consumidor para a prova da culpa do fornecedor.⁴⁸

Essas distorções sociais oriundas do modo de produção capitalista acabaram por refletir na doutrina jurídica, de maneira que surge uma corrente que defende a funcionalização do Direito, em busca de uma “justiça distributiva”, que visa à mitigação das diferenças sociais mediante a redistribuição dos ganhos econômicos advindos do capitalismo, bem como dos riscos das atividades empresariais, e ainda mediante a proteção dos mais fracos nas relações.⁴⁹

Diante desse estado de coisas, verificou-se a necessidade de uma intervenção estatal na atividade econômica de uma maneira geral, visando atingir a justiça e a solidariedade sociais. Essa intervenção deu origem ao chamado Estado do Bem Estar Social, em contraponto ao Estado Liberal que vigorava até então.

Conforme ensina Paulo de Tarso Sanseverino⁵⁰, no que concerne à responsabilidade civil, essa inserção estatal veio a atingir de forma cabal o paradigma da culpa, que passa a ser configurada nas legislações que surgem a partir desse ponto, não mais como subjetiva, dependente de uma conduta culposa do agente, surgindo então o conceito de responsabilidade objetiva, fundada no risco, que independe de dolo ou culpa.

Essa passagem da responsabilidade subjetiva para a objetiva não se deu abruptamente. Houve no caminho o surgimento de várias teorias alternativas, mas sempre no sentido de suplantar o sistema subjetivo, que se demonstrava ineficiente para garantir uma efetiva reparação por danos causados ao consumidor.

No início, surge o conceito de responsabilidade subjetiva com culpa presumida, que alivia a parte hipossuficiente do ônus de provar a conduta culposa

⁴⁷ LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 87.

⁴⁸ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Obra citada**, p. 36.

⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 154-155

⁵⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 44-45.

do agente causador do dano. Essas presunções legais de culpa podem ser tanto relativas como absolutas. Posteriormente houve a construção doutrinária da inversão do ônus da prova em favor da parte mais fraca, que cada vez mais foi sendo incorporada nas legislações. Finalmente se chega à concepção atual de responsabilidade objetiva que abandona totalmente o dogma da culpa.⁵¹

No direito nacional, a Constituição Federal de 1988 consagrou o Estado Social em seu artigo 3º, inciso I, que trouxe como objetivos da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; bem como no artigo 1º, que estabeleceu como fundamentos da República os valores da cidadania (inc. II), da dignidade da pessoa humana (inc. III) e dos valores sociais do trabalho e da iniciativa privada (inc. IV).

4.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

No que tange ao Direito do Consumidor, é clara a repercussão do Estado Social, pois nossa Constituição determinou, em seu artigo 5º, inciso XXXII que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, e ainda que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V defesa do consumidor” (artigo 170, inciso V, da CF). Finalizando e demonstrando a importância conferida à proteção do consumidor, consta nos atos das disposições transitórias a determinação ao legislador ordinário que promulgasse um Código de Defesa do Consumidor.

A ideologia do Estado Social de Direito pressupõe uma responsabilidade civil com um objetivo diverso daquele buscado no contexto do Estado Liberal. Busca-se agora a redistribuição do risco advindo da atividade econômica, buscando-se uma efetiva reparação por danos causados pelos produtos e serviços postos no mercado. Isso se dá com a consagração do caráter objetivo da reparação civil, prescindindo-se do elemento culpa para a caracterização do dever de indenizar.

⁵¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Obra citada**, p. 44-45.

A responsabilidade civil objetiva, uma das bases do Estado Social, foi consagrada, definitivamente, no Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 12 a 17, que tratam da responsabilidade por vícios de segurança, bem como nos artigos 18 a 25, que tratam dos vícios de inadequação, muito embora nesses últimos não expressamente, mas uma interpretação sistemática do CDC leva a melhor doutrina a entender que mesmo quando houver vícios de inadequação se aplica a responsabilidade objetiva, pois os artigos 23 e 25 buscam evitar qualquer maneira de atenuar a responsabilidade do fornecedor.

Roberto Senise Lisboa defende que :

Ao consolidar a regra da responsabilização sem culpa do fornecedor, exceção feita aos casos que consigna, a Lei n. 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor), nada mais fez senão ampliar a concepção de reparação do dano pelo simples fato do prejuízo existir. Tal diretriz, de origem remota, foi obviamente adaptada à realidade sócio-jurídica contemporânea que em muito difere daquela existente na direito primitivo. O direito primitivo se assentava nos princípios da justiça retributiva e da vingança. O direito atual deve se fundar na justiça distributiva e na dignidade humana, procurando-se outorgar a efetiva igualdade de condições às partes, em uma relação jurídica.⁵²

No mesmo sentido, entende Nelson Nery Júnior:

A norma estabelece a responsabilidade objetiva como sendo o sistema geral da responsabilidade do CDC. Assim, toda indenização derivada de relação de consumo, sujeita-se ao regime da responsabilidade objetiva, salvo quando o Código expressamente disponha em contrário. Há responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados ao consumidor, independentemente da investigação de culpa.⁵³

O Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a responsabilização objetiva do fornecedor, conforme se observa nos seguinte julgados:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. REGIMENTAL NO INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ANTICONCEPCIONAL MICROVLAR. CARTELAS DE COMPRIMIDOS SEM PRINCÍPIO ATIVO. PLACEBO. GRAVIDEZ. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO FABRICANTE. VAZAMENTO NO MERCADO DE CONSUMO. COMPROVAÇÃO DO DANO E NEXO

⁵² LISBOA, Roberto Senise. **Obra citada**. p. 19.

⁵³ JÚNIOR, Nelson Nery. **Novo Código Civil e Legislação extravagante anotados**. São Paulo: RT, 2002, p. 725.

CAUSAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. RAZÕES RECURSAIS INCAPAZES DE INFIRMAR O ARESTO RECORRIDO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA N.º 284/STF. REVISÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. TESE RECURSAL IMPERTINENTE. FUNDAMENTO INSERVÍVEL. SÚMULA N.º 284/STF. ANALOGIA. 1. **Reputa-se objetiva a responsabilidade causada pela recorrente, haja vista ser responsável pelo vazamento de produto sem princípio ativo no mercado de consumo.** Reexaminar as conclusões da Corte a quo esbarra no óbice da Súmula n.º 7/STJ. 2. A impertinência dos dispositivos legais apontados como violados, no sentido de serem incapazes de infirmar as conclusões do aresto recorrido, quanto às provas produzidas nos autos, revela a deficiência das razões do especial. Incidência analógica da Súmula n.º 284/STF. 3. Comprovados o dano (material e moral) e o nexo de causalidade entre a conduta perpetrada e o dano sofrido, não há como ser afastado o dever de indenizar. 4. Os arts. 4º e 5º da LICC não servem como fundamento para rever a fixação do valor indenizatório. Aplicação analógica da Súmula n.º 284/STF. 5. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO. (AGA 200900136051, VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:16/08/2010.) (grifo nosso)

E ainda:

RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO, POR MÉDICO INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL; 2) CULPA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - 3) TEORIA DA PERDA DA CHANCE - 4) IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO DA PROVA PELO STJ - SÚMULA 7/STJ 1.- **A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista** (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 2.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, a verificação da culpa pelo evento danoso e a aplicação da Teoria da perda da chance demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 3.- Recurso Especial do hospital improvido. (RESP 201000389990, SIDNEI BENETI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:01/07/2010.) (grifo nosso)

Analisando-se os julgados acima, vê-se que a responsabilidade objetiva tem sido aplicada nas mais diversas hipóteses, quer no caso de venda de produto defeituoso, quer no caso de empregador em relação ao seu empregado devido à dano causado por conduta desse.

4.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL

A responsabilidade civil objetiva, fundada no risco da atividade, também agora está consagrada no Código Civil Brasileiro em vigor, em seu artigo 927, parágrafo único:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, **independentemente de culpa**, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (grifo nosso)

Bem como em seu art. 931:

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas **respondem independentemente de culpa** pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. (grifo nosso)

Assim, a responsabilidade civil objetiva, a partir dessa regra, passa a ser regra geral para todas as atividades que, no seu normal desenvolvimento, envolvam a possibilidade de ocasionarem danos a terceiros, para além das previstas em lei específica, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor. É esse também o entendimento de Paulo Luiz Netto Lobo:

A relação contratual de consumo não se confunde com a relação contratual comum a que se destina o Código Civil. Portanto, o Código de Defesa do Consumidor não foi modificado pelo novo Código Civil, permanecendo

aquele a regular os contratos de consumo e este os contratos comuns civis e mercantis⁵⁴.

O Superior Tribunal de Justiça tem aplica a responsabilidade civil objetiva quando a atividade, por sua natureza, puder implicar em riscos, conforme se observa:

DIREITO CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. NATUREZA. PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA DO EMPREGADO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CULPA DO EMPREGADOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. – (...) - Admitida a possibilidade de ampliação dos direitos contidos no art. 7º da CF, é possível estender o alcance do art. 927, parágrafo único, do CC/02 – que prevê a responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para terceiros – aos acidentes de trabalho. - **A natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo.** – (...). (RESP 200801364127, SIDNEI BENETI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:25/06/2009.)” (grifo nosso)

Analisando-se o julgado acima, percebe-se a aplicação do §único do art. 927, que prevê que é a natureza da atividade, a determinante para a configuração da responsabilidade sem culpa

⁵⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2796>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

5 AS MODALIDADES DE TEORIA DO RISCO FUNDANTES DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Roberto Senise Lisboa diz que o traço mais marcante da responsabilidade civil objetiva é o fato de ser indiferente para a sua configuração ter ou não o fornecedor atuado com culpa, seja esta mediante imprudência, negligência ou imperícia, ou mesmo dolo. O fornecedor será responsabilizado por um dano causado por um produto ou serviço defeituoso, ainda que tenha sido o mais diligente possível no sentido de evitá-lo.

O fundamento, portanto, para a responsabilização do fornecedor não é mais a culpa. Na teoria da responsabilidade civil objetiva o fundamento é o risco. A Teoria do Risco parte do fato propriamente dito para impor o dever de reparação do dano, baseando-se nos princípios da justiça e da equidade. Sua aplicação afasta a impossibilidade fática do consumidor em provar a culpa do fornecedor causador do dano.

O escopo do legislador ao instituir a responsabilidade objetiva fundada no risco foi o de proporcionar uma distribuição dos eventuais prejuízos advindos da sociedade de consumo, até então só suportados pelo consumidor, como bem explicitou Roberto Senise Lisboa:

O absolutismo dos direitos individuais deu lugar, portanto, ao princípio da relatividade dos direitos e de sua vocação social. A massificação nas relações jurídicas viabilizou a objetivação cada vez maior da responsabilidade. O direito pós-moderno procura restabelecer o equilíbrio da relação jurídica, partindo do pressuposto segundo o qual há, em determinadas situações, a inferioridade ou a vulnerabilidade de uma das partes. Essa é a razão pela qual se procura conferir maior proteção aos interesses da vítima. Esse foi o motivo que levou uma lei pós-modernista a adotar a velha teoria da responsabilidade objetiva ou sem culpa, porém sob a ótica da justiça distributiva e da solidariedade social, fundada na teoria do risco da atividade profissional.⁵⁵

Conforme nos ensina José de Aguiar Dias, entre os precursores da doutrina do risco, como fundamento da responsabilização objetiva, estavam alguns

⁵⁵ LISBOA, Roberto Senise. **Obra citada**, p. 44.

partidários da escola do direito natural do século XVIII, especialmente Thomasius e Heineccius, ao sustentarem a opinião de que o autor de um dano deve ser responsabilizado pelo mesmo independentemente da existência de culpa.⁵⁶

No âmbito do direito nacional, o precursor da Teoria do Risco foi Alvino Lima, em tese apresentada na Faculdade de Direito da USP, em 1938, denominada “Da culpa ao risco”, que foi posteriormente convertida em livro, onde além de defender a doutrina objetivista, também rebate os argumentos contrários formulados por seus adversários.⁵⁷

Várias são as teorias que se fundam no risco como base da responsabilidade objetiva, as quais serão expostas a seguir.

5.1 TEORIA DO RISCO INTEGRAL

A Teoria do Risco Integral é uma modalidade extremada da Teoria do Risco. Nela, também não se cogita de culpa, nem mesmo de nexo causal, sendo que o dever de ressarcir o dano é cabível em qualquer caso, sem considerar nenhuma espécie de excludente, seja a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.⁵⁸

Segundo essa teoria, o dano, ainda que involuntário, deve ser ressarcido. Essa doutrina considera que nos conflitos jurídicos há apenas patrimônios sendo disputados, abstraindo-se de quaisquer elementos subjetivos. Para a Teoria do Risco Integral, os interesses e bens sociais suplantam os interesses e bens individuais, devendo sempre prevalecer aqueles, por uma questão de justiça social.

Essa teoria, embora também fundada no risco, não é a mais adequada como fundamento para a responsabilidade objetiva do fornecedor no âmbito das relações de consumo, pois nessas existem essas excludentes que afastam a responsabilidade do fornecedor, conforme adiante se demonstrará.

⁵⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 64.

⁵⁷ STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1995, p 62.

⁵⁸ MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 623.

5.2 TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

A doutrina concebeu a Teoria do Risco Administrativo visando à responsabilização civil objetiva do Estado. Ela parte do pressuposto de que a atividade estatal gera sempre um risco de dano ao patrimônio de terceiros, e que o Estado tem o dever de indenizá-los, caso contrário estaria impondo um ônus excessivo ao particular, o que afronta o preceito de igualdade de todos diante dos encargos advindos da vida em sociedade.

Assim, o Estado deve ser responsabilizado por todo e qualquer dano que sua atividade venha a causar a terceiros. Aqui também essa responsabilização é objetiva, ou seja, não importa se o agente estatal agiu com culpa ou dolo, presente o dano, este deve ser indenizado.

Mas essa responsabilidade não é integral, ela é mitigada, pois comporta excludentes, exigindo a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano, bem como são excludentes de responsabilidade a culpa ou dolo da vítima ou a ocorrência de eventos de força maior (evento irresistível) ou caso fortuito (evento imprevisível), bem como o ato ou fato de terceiros.

Conforme nos ensina Hely Lopes Meyrelles, a teoria do risco administrativo não se confunde com a teoria do risco integral, pois nesta:

a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resulte de culpa ou dolo da vítima"; **no risco administrativo**, por conseguinte, embora se dispense a prova da culpa da Administração, permite-se que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização.⁵⁹ (grifo nosso)

A responsabilidade civil objetiva do Estado está consagrada na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁵⁹ MEIRELLES, Helly Lopes. **Obra citada**. p. 623.

Vê-se neste artigo que a responsabilidade do Estado é objetiva, mas a de seus agentes é subjetiva, pois esses só responderão, regressivamente, em caso de dolo ou de culpa. O Estado indeniza ou repara o dano, e posteriormente, deve ajuizar ação regressiva contra o agente causador, se este agiu dolosamente ou culposamente.⁶⁰

No tocante à jurisprudência, observe-se o seguinte julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL E MATERIAL. ATROPELAMENTO DE MENOR CAUSADO POR VIATURA DA GUARDA MUNICIPAL. CABIMENTO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E CIVIL. QUANTUM DEBEATUR. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. **A responsabilidade civil do Estado é objetiva**, mormente quando se tratar de risco criado por ato comissivo de seus agentes. 2. A comprovação de dano e autoria basta para fazer incidir as regras dos arts. 37, § 6º, da Constituição, e 927, parágrafo único, do CC. 3. Ainda que o agente estatal tenha sido absolvido na esfera criminal, mesmo sob fundamento de ausência de culpa, entende-se haver total independência com respeito ao juízo cível, salvo as hipóteses previstas em lei. Precedentes do STJ. 4. Em caso de atropelamento de cidadão, por viatura do Estado, que ocasione lesões corporais, deve-se arbitrar o quantum indenizatório com maior parcimônia do que geralmente cogitado para situações mais graves (morte da vítima ou sua redução a estado vegetativo). Precedentes do STJ. 5. Recurso Especial parcialmente provido tão-somente para reduzir o quantum indenizatório por danos morais de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), mantendo-se os demais dispositivos do aresto objurgado. RESP 200901743689, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:23/04/2010 LEXSTJ VOL.:00249 PG:00191.) (grifo nosso)

Vê-se no julgado acima que, em relação aos serviços estatais, tem-se aplicado a responsabilização objetiva do Estado fundada na Teoria do Risco Administrativo.

A Teoria do Risco Administrativo representou um grande avanço, pois anteriormente a ela o Estado não era responsabilizado de forma alguma, pois se entendia que os Estados eram dotados de total imunidade pelos seus atos. Ela se

⁶⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Obra citada**. p. 133-136.

aplica nos casos em que o fornecedor de bens ou de serviços é um ente estatal, nos moldes do §6º do artigo 37.

5.3 TEORIA DO RISCO PROVEITO

Segundo os defensores dessa teoria, entre os quais se destacam os franceses Saleilles e Josserand⁶¹, o dever de reparar o dano não está mais fundado na conduta do agente que o causou, mas sim no risco que o exercer de sua atividade causa a terceiros, tendo em vista os lucros econômicos dela resultantes. É o que se verifica na relação de consumo, onde o fornecedor de produtos ou serviços afere lucros de sua atividade, devendo esse mesmo lucro suportar os riscos de possíveis danos aos consumidores, por isso alguns defendem ser essa vertente teórica a que mais de coaduna com a responsabilidade objetiva do fornecedor.

Para essa modalidade de teoria do risco, por uma questão de justiça comutativa, a parte que lucra com a atividade tem o dever de se responsabilizar pelos danos advindos da mesma, ainda que causados de forma involuntária e com ausência de culpa.

Maria Helena Diniz aduz:

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*).⁶²

Entendem seus defensores, que a teoria do risco proveito configura uma melhor distribuição dos prejuízos causados pelos inevitáveis danos que surgem numa realidade onde existem inúmeras e variadas espécies de relações jurídicas, como é próprio do mercado de consumo vigente na atualidade. A aplicação dessa teoria faz com que eventuais prejuízos não sejam suportados apenas pelas vítimas dos mesmos, mas também o sejam pelos causadores, os fornecedores de bens e serviços.

⁶¹ DIAS, José de Aguiar; **Obra citada**, p. 73-82.

⁶² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, v.7, p. 48.

Tal teoria enseja a socialização dos custos advindos dos danos causados a terceiros, entre todos os que, de uma forma ou de outra, recebam dividendos pela atividade exercida. O valor das reparações passa a se incorporar nas planilhas de custos dos fornecedores, fazendo parte da estrutura de preços dos bens e serviços postos à disposição pelos fornecedores no mercado de consumo.

5.4 TEORIA DA QUALIDADE

Seus defensores⁶³ entendem que a responsabilidade objetiva do fornecedor deriva de um dever anexo ao fornecimento de produtos ou serviços. Esse dever, conforme Cláudia Lima Marques “seria um dever legal do *todos* os fornecedores que ajudam a *introduzir* (atividade de risco) o produto no mercado”. Para a mesma autora seria ainda “uma verdadeira garantia implícita de segurança razoável” a garantir a reparação por eventuais defeitos ou vícios nos produtos ou serviços. Seria um dever anexo, não ao contrato, mas ao próprio bem ou serviço posto no mercado de consumo⁶⁴.

Nesse sentido Sérgio Cavalieri Filho ressalta:

Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decore do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.⁶⁵

Essa teoria é, para seus defensores, uma fusão entre os sistemas de responsabilidade civil da *common law*, adotado nos EUA (fundada no risco), o sistema adotado na Comunidade Econômica Europeia (CEE), fundada no dever

⁶³ Entre eles, Cláudia Lima Marques e Antonio Herman Benjamin.

⁶⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 259.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 497.

implícito de indenizar pelos danos causados pelos defeitos nos produtos industrializados, visando dividir o ônus também com seus fabricantes.

Fundamenta-se no risco, pelo menos em parte, ao adotar a noção de atividade de risco adotada pela *common law*, como suporte para a responsabilidade objetiva, bem como na ideia de divisão dos ônus causados pelos produtos defeituosos entre todos os membros da sociedade, adotado pela CEE.

5.5 TEORIA DO RISCO CRIADO

A modalidade de risco criado é considerada uma evolução em relação à de risco proveito, por ter uma abrangência maior do que esta. Naquela, abandona-se a concepção de lucro, ou de proveito, para que se configure o dever de indenizar, bastando para tanto o simples exercer de alguma atividade que, por sua natureza, possa vir a causar algum dano à terceiros. É a teoria adotada no Código Civil de 2002, em seu artigo 927, parágrafo único:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, **independentemente de culpa**, nos casos especificados em lei, ou **quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.**” (grifo nosso)

Nesse sentido, entende Gustavo Tepedino:

O Código Civil de 2002 não ficou alheio aos ditames constitucionais. Além de prever novas hipóteses específicas de objetivação da responsabilidade, positivou uma cláusula geral de responsabilidade objetiva para atividades de risco (artigo 927, parágrafo único). Consagrou, portanto, um modelo dualista, no qual convive a responsabilidade subjetiva e a objetiva⁶⁶

No mesmo sentido, entende Caio Mário da Silva Pereira:

Aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo, [...] A teoria do risco criado importa

⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. P. 240.

em ampliação do conceito do risco proveito. Aumenta os encargos do agente, é, porém, mais eqüitativa para a vítima, que não tem de provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano.⁶⁷

A teoria do risco criado fundamenta uma responsabilidade civil geral, contida no referido artigo, pois abrange toda e qualquer atividade exercida que, **por sua natureza**, possa vir a causar algum dano, prescindindo do elemento culpa do agente causador como pressuposto, mesmo que dessa atividade não resulte para o mesmo lucro ou proveito algum, o simples fato de que a natureza da atividade enseje alguma espécie de risco, já configura a responsabilidade civil pelos danos, e o dever de indenizá-los, ainda que o agente tenha sido o mais cauteloso e diligente possível no sentido de evitar qualquer espécie de dano.

5.6 TEORIA DO RISCO DO NEGÓCIO

Para a Teoria do Risco do Negócio (ou Risco do Empreendimento) a concepção de risco está atrelada ao conceito de responsabilidade que um empreendedor, pessoa física ou jurídica, assume quando decide iniciar uma empresa, através da oferta de bens ou serviços ao mercado de consumo. Essa teoria tem por substrato o dever de segurança criado pelo § 1º dos artigos 12 e 14 do CDC.

Cabe observar que para a maioria da doutrina a Teoria do Risco do Negócio seria uma espécie da Teoria do Risco Criado, adotada do art. 927, § único do CC. Nesse sentido, entende Fernando Noronha, que o referido dispositivo prevê três tipos de riscos de atividade que fundamentam a responsabilidade objetiva:

(...) **o risco de empresa, o risco administrativo e o risco-perigo.** (...) esses riscos podem ser sintetizados dizendo-se que quem exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou distribuição de bens e serviços, deve arcar com todos os ônus resultantes de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo, inclusive os danos causados por empregados e prepostos; que a pessoa jurídica pública responsável, na prossecução do bem comum, por

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 24.

uma certa atividade, deve assumir a obrigação de indenizar particulares que porventura venham a ser lesados, para que os danos sofridos por estes sejam redistribuídos pela coletividade beneficiada; que quem se beneficia com uma certa atividade lícita e que seja potencialmente perigosa (para outras pessoas ou para o meio ambiente), deve arcar com eventuais consequências danosas.⁶⁸ (grifo nosso)

Não obstante, observamos ser inerente ao exercício de qualquer atividade empresarial a possibilidade de insucesso, em virtude de qualquer fato que eventualmente possa ocorrer, fazendo parte do que se chama de riscos da atividade econômica, pois todos os negócios implicam em riscos, conforme Rizzatto Nunes:

Uma das características principais da atividade econômica é o risco. Os negócios implicam risco. Na livre iniciativa, a ação do empreendedor está aberta simultaneamente ao sucesso e ao fracasso. A boa avaliação dessas possibilidades por parte do empresário é fundamental para o investimento. Um risco mal calculado pode levar o negócio à bancarrota. Mas o risco é dele⁶⁹.

Entre esses riscos assumidos pelo empresário, está o de ser responsabilizado, independentemente de culpa, por danos que possam ser causados pelos bens ou serviços colocados no mercado de consumo.

O dever de indenizar gerado pelo risco do negócio está umbilicalmente ligado aos deveres do fornecedor de bens ou de serviços, no sentido de respeito às normas técnicas e de segurança, bem como ao princípio da boa-fé objetiva, no que tange a um agir com lealdade e probidade em relação aos consumidores, quando do exercício de sua atividade econômica.

Para Sérgio Cavalieri Filho⁷⁰, de acordo com a Teoria do Risco do Negócio, qualquer pessoa que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Esse dever gerado pelo risco do empreendimento é inerente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança e aos critérios de lealdade.

⁶⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p 486.

⁶⁹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios / Rizzatto Nunes. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva. 2009. p. 167.

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Obra citada**. pp. 162,163

Nesse sentido, quem quer que exerça atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar serviços passa a ser o garantidor dos mesmos, respondendo por sua qualidade e segurança.

Nesse diapasão, todo risco estará intrinsecamente ligado aos custos de implementação de um negócio, sendo que a correta avaliação dos riscos de determinada atividade é de fundamental importância para a viabilidade do empreendimento.

Se o empreendedor desejar reduzir a sua margem de risco a níveis muito baixos, isso pode até inviabilizar o seu negócio. O custo deve ser sempre definido na relação com o benefício que se obterá, é o chamado binômio custo-benefício. O empresário ou fornecedor de bens e serviços deve sempre levar em conta esse binômio para, procurando maximizar os benefícios ao menor custo possível.

Mas na busca do equilíbrio nessa relação custo-benefício, não se pode descuidar de garantir a qualidade dos produtos e serviços, em respeito aos direitos básicos do consumidor elencados no CDC, como defende Rizzatto Nunes:

Dentro dessa estratégia geral dos negócios, como fruto da teoria do risco, um item específico é o que está intimamente ligado à sistemática normativa adotada pelo CDC. É aquele dirigido à avaliação da qualidade do produto e do serviço, especialmente voltados para a adequação, finalidade, proteção à saúde, segurança e durabilidade. Tudo referendado e complementado pela informação⁷¹.

A produção em série, massificada, característica marcante do modo de produção capitalista pós Revolução Industrial, ao mesmo tempo que permite uma redução significativa nos custos de produção, torna praticamente impossível que não sejam produzidos produtos ou serviços defeituosos ou viciados. Para se evitar isso, seria necessário um incremento elevado nos custos de produção, o que inviabilizaria qualquer negócio, pois o custo do produto ou serviço para o consumidor final ficaria também muito elevado, descaracterizando o sistema de produção seriada, que visa a atender a um número elevado de consumidores.

Segundo Rizzatto Nunes, é a receita e o patrimônio do fornecedor que respondem pelo ônus de indenizar:

⁷¹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Obra citada**, p. 168.

É a receita e o patrimônio do fabricante, produtor, prestador de serviço etc. que respondem pelo ônus da indenização relativa ao prejuízo sofrido pelo consumidor. O motivo, aliás, é simples: a receita e o patrimônio abarcam “todos” os produtos e serviços oferecidos. “Todos”, isto é, tanto os produtos e serviços sem vício/defeito quanto aqueles que ingressaram no mercado com vício/defeito. O resultado das vendas, repita-se, advém do pagamento do preço pelo consumidor dos produtos e serviços bons e, também, dos viciados/defeituosos⁷².

É nesse tocante que o CDC busca controlar o resultado de produção, através da garantia de ressarcimento aos consumidores pelos prejuízos que estes venham a sofrer em virtude de uma produção com vícios ou defeitos. Essa garantia é dada através da responsabilização do fornecedor pelos danos causados por esses produtos, independentemente de culpa, ou seja, objetivamente. A culpa aqui não é do produtor, que não foi negligente, imprudente ou imperito, mas do próprio produto ou serviço com vício ou defeito.

O Supremo Tribunal Federal tem aplicado a Teoria do Risco do Negócio nos seus julgados recentes, como se observa nos seguintes:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ROUBO DE BENS EM COFRE DE BANCO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. 1. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, no caso de assalto de cofres bancários, o banco tem responsabilidade objetiva, **decorrente do risco empresarial**, devendo indenizar o valor correspondente aos bens reclamados. 2. Em se tratando de instituição financeira, os roubos são eventos totalmente previsíveis e até esperados, não se podendo admitir as excludentes de responsabilidade pretendidas pelo recorrente - caso fortuito ou força maior e culpa de terceiros. 3. O art. 166, II, do Código Civil não tem aplicação na hipótese, haja vista que trata de nulidade de negócios jurídicos por impossibilidade de seu objeto, enquanto a questão analisada no presente recurso é a responsabilidade civil da instituição financeira por roubo ao conteúdo de cofres locados. 4. Recurso especial não provido. (REsp 1286180/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe 17/11/2011) (grifo nosso)

E ainda:

⁷² Idem.

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, **porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento**, caracterizando-se como fortuito interno. 2. Recurso especial provido. (REsp 1199782/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/08/2011, DJe 12/09/2011)"(grifo nosso)

Outro aspecto que reforça a responsabilidade objetiva do fornecedor está relacionado não apenas ao fato de que é difícil ao consumidor provar a culpa daquele, mas que muitas vezes o fornecedor é mesmo isento de culpa pelos produtos e serviços defeituosos ou viciados, pois esses podem ter sido colocados no mercado sem que o fornecedor tenha sido imprudente, negligente ou imperito, dada às imensas variáveis existentes num sistema de produção massificada. Se não houvesse a responsabilização objetiva, os consumidores dificilmente conseguiram provar a culpa do fornecedor nesse modo de produção, pois não teriam acesso ao sistema produtivo, nem conhecimento técnico para tanto.

Segundo Rizzato Nunes, o risco do negócio antes do CDC era do consumidor, e não do fornecedor:

Poder-se-ia dizer que antes — por incrível que possa parecer — o risco do negócio era do consumidor. Era ele quem corria o risco de adquirir um produto ou um serviço, pagar seu preço (e, assim, ficar sem seu dinheiro) e não poder dele usufruir adequadamente ou, pior, sofrer algum dano. É extraordinário, mas esse sistema teve vigência até 10 de março de 1991, em flagrante injustiça e inversão lógica e natural das coisas".⁷³

Nesse estado de coisas, nada mais resta ao produtor ou fornecedor, que não seja correr o risco de fabricar produtos ou serviços mediante um custo que não inviabilize o benefício. Soma-se a isso o fato de que no sistema de produção seriada existem inúmeros fatores e pessoas envolvidas, o que torna ainda mais flagrante o

⁷³ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Obra citada**, p. 169.

risco de que cheguem ao mercado de consumo produtos ou serviços defeituosos ou viciados.

5.7 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR

As hipóteses de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor, assim entendido como o fabricante, produtor, construtor ou importador, estão contidas no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 12, §3º, incisos I, II e III, que dispõe dessa forma:

“Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

...omissis...

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.” (grifo nosso)

Vê-se, portanto, que, o afastamento da responsabilidade civil do fornecedor depende de este provar que não colocou o produto no mercado sem o seu devido consentimento, ou que não existe defeito no produto, ou que o defeito ou vício ocorreram por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Ressalte-se que essas hipóteses do §3º são taxativas, dada a utilização do advérbio “só”, deixando claro que nenhuma outra desobriga o fornecedor de sua responsabilidade⁷⁴.

Também se observa que, apesar da adoção da responsabilidade civil objetiva pelo CDC, afastando a necessidade de prova da culpa do fornecedor para sua aplicação, ainda se faz necessário que o consumidor eventualmente lesado prove o nexo de causalidade entre o dano e produto ou serviço. Ocorre que esse ônus de

⁷⁴ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Obra citada**. p. 285.

provar pode ser invertido em favor do consumidor, conforme prevê o inciso VIII do artigo 6º do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a **inversão do ônus da prova**, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (grifo nosso)

Com dito, as excludentes de responsabilidade do §3º são *numerus clausus*. Vale ressaltar que nem mesmo os tradicionais caso fortuito e força maior excluem a responsabilidade civil do fornecedor de bens ou serviços do dever de indenizar o consumidor caso haja dano.

O STJ já se manifestou sobre o tema, conforme vê-se no julgado abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. ATRASO DE VOO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RISCOS INERENTES À ATIVIDADE. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283 DO STF. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. 1. A jurisprudência dominante desta Corte Superior se orienta no sentido de **prevalência das normas do CDC**, em detrimento das Convenções Internacionais, como a Convenção de Montreal precedida pela Convenção de Varsóvia, aos casos de atraso de voo, em transporte aéreo internacional. 2. O Tribunal de origem fundamentou sua decisão na responsabilidade objetiva da empresa aérea, tendo em vista que os riscos são inerentes à própria atividade desenvolvida, **não podendo ser reconhecido o caso fortuito como causa excludente da responsabilização**. Tais argumentos, porém, não foram atacados pela agravante, o que atrai, por analogia, a incidência da Súmula 283 do STF. 3. No que concerne à caracterização do dissenso pretoriano para redução do quantum indenizatório, impende ressaltar que as circunstâncias que levam o Tribunal de origem a fixar o valor da indenização por danos morais são de caráter personalíssimo e levam em conta questões subjetivas, o que dificulta ou mesmo impossibilita a comparação, de forma objetiva, para efeito de configuração da divergência, com outras decisões assemelhadas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1343941/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR

CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 25/11/2010) (grifo nosso).

Nesse sentido, entende Rizzatto Nunes:

O que acontece é que o CDC, dando continuidade, de forma coerente, à normatização do princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, preferiu que toda a carga econômica advinda do defeito recaísse sobre o agente produtor. Se a hipótese é de caso fortuito ou de força maior e em função disso o consumidor sofre acidente de consumo, o mal há de ser remediado pelo agente produtor. Na verdade o fundamento dessa ampla responsabilização é, em primeiro lugar, o princípio garantido na Carta Magna da liberdade de empreendimento, que acarreta direito legítimo ao lucro e responsabilidade integral pelo risco assumido. E a Lei n. 8.078, em decorrência desse princípio, estabeleceu o sistema de responsabilidade civil objetiva. Portanto, trata-se apenas de questão de risco do empreendimento.⁷⁵

Não obstante as excludentes serem taxativas, há outra excludente tradicional de responsabilidade civil, o chamado fato do príncipe, que pode ser alegado pelo fornecedor para afastar a sua responsabilização por danos. Isso pode ocorrer quando, por determinação estatal, o fornecedor seja obrigado a produzir de determinada maneira que possa vir a causar danos aos consumidores. Nesse caso não há nexo causal entre a conduta do fornecedor e o dano causado, posto que aquela se deu em atendimento às normas públicas.⁷⁶

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Obra citada**. p. 133-136.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Revolução Industrial houve um enorme incremento de produtos e serviços postos no mercado. As relações de consumo que antes eram pessoais, posto que o modo de produção se dava de maneira artesanal, passaram a se dar de forma impessoal, massificando as relações de consumo. Surgem então as figuras do fornecedor, do consumidor e do objeto, como componentes da relação de consumo. Nessa relação, notadamente o consumidor é a parte mais vulnerável, se comparado ao fornecedor, pois ele não tem acesso aos modos de produção, que pertencem aquele. Desse estado de coisas percebeu-se a necessidade de se conferir ao consumidor uma proteção frente ao fornecedor, com a edição de normas jurídicas nesse sentido.

Na senda do direito nacional, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a necessidade de se proteger o consumidor, nos seus artigos 5º, inciso XXXII e 170, inciso V. Além disso, o artigo 48 dos Atos das Disposições Transitórias contém determinação expressa no sentido de que se promulgue um Código de Defesa do Consumidor, o que veio a ser efetivado na Lei 8.078/90.

No Código de Defesa do consumidor, que é uma lei especial, estão consagrados os componentes de uma nova relação que passa a ser reconhecida, a de consumo, quais sejam: as partes (consumidor e fornecedor) e o objeto (produtos ou serviços).

O CDC foi editado, conforme exposto, com o escopo de conferir ao consumidor uma tutela protetiva em face do fornecedor, reconhecendo ser aquela a parte mais fraca da relação. Uma das formas de se conferir essa proteção foi a de reconhecer a responsabilidade objetiva do fornecedor frente aos danos sofridos pelo consumidor causados pelos produtos ou serviços que aquele colocou no mercado.

Isso se deu afastando a necessidade de que o consumidor tenha que provar a culpa ou dolo do fornecedor, como é próprio da responsabilidade subjetiva. Tal fato se deve ao reconhecimento pelo legislador de que assim como a Revolução Industrial alterou o modo de produção, que passou a ser seriado, também teve como consequência a inviabilidade da parte do consumidor em ter acesso aos meios de produção, no sentido de buscar elementos de prova contra o fornecedor, dada a sua notória hipossuficiência técnica, econômica e jurídica.

Diante desse fato, a doutrina debruçou-se sobre o problema que causava a responsabilidade civil subjetiva, fundada na culpa ou dolo. Várias foram as teorias que buscaram afastar o dogma da culpa, visando estabelecer formas de se proteger o consumidor e evitar que este acabasse arcando com o ônus pelos danos causados por produtos ou serviços defeituosos ou viciados.

Dentre essas teorias, se destacam as quem embasam a responsabilização objetiva no risco, são as chamadas teorias dos riscos. Dentre elas, a Teoria do Risco Criado foi a adotada pelo Código Civil, em seu art. 927, §único, e pode ser considerada como um modalidade de responsabilização objetiva genérica, aplicável a todas as atividades que possam resultar em danos, lucrativas ou não.

No âmbito das relações de consumo, objeto desse estudo, dentre as teorias que fundam a responsabilidade objetiva do fornecedor, entendemos ser a Teoria do Risco do Negócio (ou do Empreendimento) a que mais se conforma nesse sentido, sendo a que foi adotada pelo CDC. Segundo essa teoria, são os fornecedores/empreendedores os responsáveis pelas reparações, ainda que isentos de culpa ou dolo, porque assumiram esse risco ao se disporem a exercer uma empresa, desenvolvendo e oferecendo produtos e serviços ao mercado de consumo.

Numa produção em série, inúmeros são os fatores envolvidos (componentes, pessoal, insumos, etc.). Se o fornecedor desejar reduzir o risco do negócio a zero, o custo seria muito elevado, inviabilizando comercialmente o produto ou serviço. Nesse sentido o fornecedor assume os riscos de que saiam das linhas de produção algum produto ou serviço viciado ou danificado. E com isso assume igualmente os riscos de danos que esses produtos ou serviços possam vir a causar aos consumidores, responsabilizando-se objetivamente, ou seja, ainda que não tenham sido negligentes, imprudentes ou imperitos, pela reparação daqueles.

Antes do advento do CDC, numa inversão de valores, o risco do negócio era dos consumidores, e não dos fornecedores. Com a responsabilização objetiva houve uma total quebra de paradigmas vigentes até então, substituindo a culpa pelo risco, possibilitando-se uma melhor distribuição dos encargos advindos do modo de produção massificado pós-revolução industrial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joao Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CASTRO, Guilherme Caldas de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008..

DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor, Teoria Geral da Relação de Consumo**. Quartier Latin. 2003.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: 7.volume: responsabilidade civil. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Novo Código Civil e Legislação extravagante anotados**. São Paulo: RT, 2002

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. Brasília: Brasília Juridica, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGE, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Ludmilla Netto. **Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor: responsabilidade por fato e por vício do produto e do serviço**. São Luis: EDUFMA, 2002.

MORATO, Antonio Carlos. **Pessoa Jurídica consumidora**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios / Rizzato Nunes. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PRUX, Oscar Ivan. **A responsabilidade civil do profissional liberal no código de defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PÜSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC: acidentes de consumo**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2000.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

SIMAO, José Fernando. **Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.